
Contra la propiedad intelectual
Norman Stephan Kinsella

¿Tienen los individuos derechos sobre las creaciones intelectuales, como inventos o escritos? ¿Debería el sistema legal proteger esos derechos? Contra la propiedad intelectual apareció primero como parte del simposio Applications of Libertarian Legal Theory, y fue luego publicada en el Journal of Libertarian Studies en la primavera del 2001. En este trabajo Stephan Kinsella uniformiza y corrige los principios libertarios sobre propiedad intelectual. Corrige a Locke, Rothbard y Rand. El profesor Kinsella ha argumentado notablemente que los copyrights y las patentes no deben formar parte del código de ley libertaria.



Norman Stephan Kinsella

Contra la propiedad intelectual

ePub r1.3

Piolin 01.03.2020

Título original: *Against intellectual property*
Norman Stephan Kinsella, 2001
Traducción: Mariano Bas Uribe
Diseño de portada: Deucalión

Editor digital: Piolin
Primer editor: Deucalion
ePub base r2.1



Derechos de propiedad: tangibles e intangibles

Todos los libertarios están a favor de los derechos y están de acuerdo con que los derechos de propiedad incluyen derechos sobre recursos tangibles. Esos recursos incluyen bienes inmuebles (bienes reales), como terrenos y casas, y bienes muebles, como sillas, bastones, coches y relojes.[1]

Además, todos los libertarios apoyan el derecho de cada uno a su propio cuerpo. Ese derecho puede llamarse de «autopropiedad», siempre que se tenga en cuenta que hay polémica acerca de si esa propiedad del cuerpo es enajenable de la misma forma que son alienables los derechos de inmanentes y externos de los objetos.[2] En todo caso, los libertarios sostienen unánimemente que todos los recursos tangibles escasos —inmanentes o creados, para inmuebles o muebles o nuestros propios cuerpos— están sujetos a un control legítimo, o «propiedad», por parte de individuos específicos.

A medida que nos alejamos de lo tangible (corpóreo) hacia lo intangible, las cosas se vuelven más difusas. El derecho al honor (leyes contra la difamación) y contra las amenazas, por ejemplo, son derechos sobre ciertos tipos de cosas muy intangibles. La mayor parte de los libertarios, pero no todos, se oponen a las leyes contra las amenazas y muchos se oponen a la idea de un derecho al honor.[3]

También se discute sobre el concepto de la propiedad intelectual. ¿Tienen los individuos derechos sobre las creaciones intelectuales, como inventos o escritos? ¿Debería el

sistema legal proteger esos derechos? A continuación resumiré la actual ley estadounidense sobre derechos de la propiedad intelectual. Después analizaré varias opiniones libertarias sobre derechos de propiedad intelectual y ofreceré lo que considero la opinión correcta.

Resumen de la Ley de Propiedad Intelectual

Tipos de propiedad intelectual

La propiedad intelectual es un concepto amplio, que incluye varios tipos de derechos reconocidos legalmente y que surgen de algunas formas de creatividad intelectual.[4] Los derechos de propiedad intelectual son derechos sobre bienes intangibles[5] —*sobre ideas*—, expresamente (derechos de autor) o incluidas en una implantación práctica (patentes). Tom Palmer lo expresa de esta manera:

> Los derechos de propiedad intelectual son derechos sobre objetos ideales, que se reconocen por el soporte material en el cual se sustancian.[6]

En los sistemas legales de hoy en día, la propiedad intelectual normalmente incluye como mínimo derechos de autor, marcas registradas, patentes y secreto industrial.[7]

Derechos de autor

Los derechos de autor son derechos otorgados a autores de «trabajos originales», como libros, artículos, películas y programas de ordenador. El derecho de autor da un derecho exclusivo para reproducir el trabajo, realizar trabajos derivados de éste o presentarlos o representarlos públicamente.[8] Los derechos de autor sólo protegen la *forma* o la *expresión* de las ideas, no las propias ideas subyacentes.[9]

Aunque un derecho de autor puede registrarse para tener ventajas legales, no tiene que registrarse para existir. Por el contrario, un derecho de autor viene a existir automáticamente en el momento en que la obra se «fija» en «un medio de expresión tangible» y dura toda la vida del autor más setenta años o noventa y cinco años en caso de que una empresa tenga el derecho.[10]

Patentes

Una patente es un derecho sobre inventos, es decir, dispositivos o procesos que realizan funciones «útiles».[11] Un ejemplo del tipo de dispositivo que puede patentarse sería una ratonera nueva o mejorada. En la práctica, una patente ofrece al inventor un monopolio limitado de la fabricación, utilización o venta del invento. Sin embargo, la patente en realidad sólo le da un derecho de *exclusión* (esto es, prohíbe a otros aprovechar la invención patentada); en realidad no le garantiza el derecho a *utilizar* la invención patentada.[12]

No es patentable cualquier innovación o descubrimiento. La Corte Suprema de EE. UU., por ejemplo, ha identificado tres categorías de sujetos no patentables, que son «leyes de la naturaleza, fenómenos naturales e ideas abstractas[13]». Sin embargo, reducir ideas abstractas a cierto tipo de «aplicación práctica», es decir, a «un resultado útil, concreto y tangible»[14] es patentable. Las patentes en EE. UU., desde el 8 de junio de 1995, duran desde el día de la concesión hasta veinte años de la fecha de solicitud original de la patente[15] (el plazo anterior era de diecisiete años desde la fecha de concesión).

Secreto industrial

El secreto industrial consiste en cualquier fórmula confidencial, dispositivo o parte de información que otorga a su poseedor una ventaja competitiva mientras se mantenga en secreto.[16] Un ejemplo sería la formula de la Coca-Cola. Los secretos industriales pueden incluir información que no sea completamente novedosa como para estar sujeta a protección de patente, o no tan original como para ser protegida por derechos de autor (por ejemplo, una base de datos sísmicos o listas de clientes). Las leyes de secreto industrial se utilizan para evitar «apropiaciones injustas» de éstos o para compensar los daños que puedan producir esas apropiaciones.[17] Los secretos industriales están protegidos por las leyes estatales, aunque recientemente se ha dictado una ley federal para evitar el robo de secretos industriales.[18]

La protección del secreto industrial se obtiene declarando que los detalles de cierto sujeto son secretos. El secreto industrial teóricamente puede durar indefinidamente, aunque la divulgación, ingeniería inversa o las invenciones independientes pueden destruirlo. Los secretos industriales pueden proteger información y procesos, es decir, compilaciones de datos y mapas no protegibles por derechos de autor, y también puede usarse para proteger código fuente de software no publicado y que no puede protegerse mediante patente. Una desventaja de confiarse a la protección del secreto industrial es que un competidor que invente independientemente aquello que está sujeto al secreto de otros puede obtener una patente del dispositivo o proceso e impedir de hecho que el inventor original (quien posee el derecho sobre el secreto industrial) pueda utilizar la invención.

Marcas registradas

Una marca registrada es una palabra, frase, símbolo o diseño utilizado para *identificar* el origen de bienes o servicios en venta y distinguirlos de los de otros. Por ejemplo, la marca y el diseño de Coca-cola que aparecen en sus latas de refresco les identifican como productos de esa compañía, distinguiéndoles de competidores como Pepsi. La ley de marcas registradas principalmente impide a los competidores «infringir» las marcas registradas, es decir, utilizar marcas «confusamente similares» para identificar sus propios bienes o servicios. Al contrario que los derechos de autor o las patentes, los derechos sobre marcas registradas pueden duran indefinidamente si el propietario continúa utilizando la marca. El plazo de registro de una marca registrada es de diez años, con plazos de renovación de diez años.[19]

Otros derechos relacionados con la protección de marcas registradas incluyen derechos contra el uso de marcas registradas similares[20], contra ciertas formas de *cyberokupas*[21] y diversas reclamaciones de «competencia desleal». La propiedad intelectual también incluye recientes innovaciones legales, como la protección de trabajos enmascarados disponible para diseños de circuitos integrados de semiconductores,[22] la protección *sui generis*, similar al derecho de autor para diseños de cascos de barcos[23] y el propuesto derecho *sui generis* sobre bases de datos o repositorios de información.[24]

En Estados Unidos los derechos de autor y las patentes se rigen casi exclusivamente por leyes federales, ya que la Constitución otorga al Congreso el poder de «promover el progreso de la ciencia y las artes útiles».[25] A pesar del origen federal de patentes y derechos de autor, algunos aspectos relacionados, como la *propiedad* de las patentes, se basan en leyes estatales, aunque éstas tienden a ser bastante uniformes de estado en estado.[26] Las marcas federales registradas, por

el contrario, al no estar explícitamente autorizadas en la Constitución, se basan en la cláusula de comercio interestatal y por lo tanto sólo se aplica a marcas de bienes y servicios en el comercio interestatal.[27] Todavía existen marcas registradas estatales, ya que no han sido completamente abolidas por la ley federal, pero las marcas federales tienden a ser más importantes y poderosas comercialmente hablando. Los secretos industriales, generalmente, se protegen mediante leyes estatales y no federales.[28]

Muchos hombres de leyes, incluyendo libertarios, tienen una defectuosa comprensión de los conceptos y leyes de propiedad intelectual y a menudo confunden derechos de autor, marcas registradas y patentes. Generalmente, e incorrectamente, se cree que en el sistema estadounidense, el inventor que antes solicita la patente en la oficina correspondiente tiene prioridad frente a posteriores solicitantes. Sin embargo, el sistema estadounidense es en realidad un sistema de «el primero que inventa», al contrario que otros países, que tienen un sistema de prioridad de «el primero que solicita».[29]

Los derechos de propiedad intelectual y su relación con la propiedad tangible

Como se apuntó más arriba, los derechos de propiedad intelectual, al menos en lo que se refiere a patentes y derechos de autor, pueden considerarse como derechos sobre objetos ideales. Es importante apuntar que la propiedad de una idea, o de un objeto ideal, da de hecho a los propietarios de propiedad intelectual un derecho de propiedad sobre *cada elemento* físico que contenga ese trabajo o invención. Consideremos un libro protegido por derechos de autor. El poseedor del derecho de autor A tiene derecho sobre el objeto ideal subyacente, del cual el libro no es más que un ejemplo. El sistema de derechos de autor da a A el derecho sobre el *patrón* de palabras en el libro; por tanto, en consecuencia, A tiene un derecho sobre *toda* expresión o reflejo tangible a partir del libro (es decir, un derecho sobre cada versión física del libro o, al menos, de cada libro dentro de la jurisdicción del sistema legal que reconoce ese derecho de autor).

Por tanto, si A escribe una novela, tiene derecho de autor sobre este «trabajo». Si vende una copia física de la novela en forma de libro a B, éste sólo es propietario de una copia física de la novela; B no es propietario de la «novela» y no tiene derecho a hacer una copia de la novela, ni aunque use su propio papel y tinta. Así que, aunque B sea propietario de papel y una imprenta, no puede usar su propiedad para crear otra copia del libro de A. Sólo A tiene el *derecho* de *copia* del libro (de aquí la palabra inglesa *copyright*).

De la misma forma la propiedad de A de una patente le da derecho a impedir que un tercero utilice o ponga en práctica la invención patentada, incluso aunque ese tercero sólo utilice su propiedad. De esta manera, la propiedad de A de derechos ideales le da cierto grado de control (propiedad) sobre la propiedad tangible de muchos otros. Las patentes y derechos de autor transfieren invariablemente la propiedad parcial de

bienes tangibles a sus propietarios naturales a innovadores, inventores y artistas.

Perspectivas libertarias sobre propiedad intelectual

Las opciones

Las opiniones libertarias sobre la propiedad intelectual comprenden desde el completo apoyo a la protección más estricta imaginable a la oposición total a estos derechos. La mayor parte del debate se refiere a las patentes y derechos de autor; como se refleja a continuación, las marcas registradas y los secretos industriales son menos problemáticos. Así pues, este artículo se centra principalmente en la legitimidad de los derechos de autor y patentes.

Los argumentos a favor de la propiedad intelectual pueden dividirse en iusnaturalistas y utilitaristas. Los libertarios partidarios de la propiedad industrial tienden a adoptar la primera justificación.[30] Por ejemplo, entre los libertarios iusnaturalistas, o al menos no explícitamente utilitaristas, partidarios de la propiedad intelectual se incluyen en mayor o menor medida a Galambos, Schulman y Rand.[31] Entre los precursores de los libertarios modernos tanto Spooner como Spencer apoyan la propiedad intelectual basándose en principios morales y de derecho natural.[32]

De acuerdo con la visión iusnaturalista de la propiedad intelectual de algunos libertarios, las creaciones de la mente son tan dignas de protección como lo es la propiedad tangible. Ambas son producto del trabajo y la mente de uno. Puesto que cada uno es propietario de su propio trabajo, se tiene un

> derecho natural a los frutos del trabajo propio. Bajo este punto de vista, igual que uno tiene derecho cosechar lo que planta, también tiene derecho a las ideas que genera y las artes que produce.[33]

Esta teoría se basa en la noción de cada uno es propietario de su propio cuerpo y trabajo y, por tanto de sus frutos, incluyendo las «creaciones» intelectuales. Un individuo crea un soneto, una canción, una escultura, utilizando su propio cuerpo y trabajo. Por tanto tiene derecho a ser «propietario» de

esas creaciones, porque son consecuencia de otras cosas de las que es «propietario».

También hay argumentos utilitarios a favor de la propiedad intelectual. El Juez Federal Richard Posner es un notorio utilitarista (aunque no libertario) partidario de la propiedad intelectual.[34] Entre los libertarios, el anarquista David Friedman analiza y parece apoyar la propiedad intelectual sobre bases «legales y económicas»,[35] una estructura institucional utilitarista. El argumento utilitarista presupone que debemos elegir leyes y normas que maximicen la «riqueza» o la «utilidad». En lo que se refiere a los derechos de autor y patentes, la idea es que una mayor «innovación» artística o inventiva se corresponde con, o nos lleva a, mayor riqueza. Los bienes públicos y los efectos de «gorrón» (*free-rider*) reducen esa cantidad de riqueza por debajo de su nivel óptimo, es decir, a un nivel inferior del que podríamos conseguir si hubiera leyes adecuadas de propiedad intelectual sobre los libros. Por tanto, la riqueza se optimiza, o al menos se incrementa, otorgando monopolios sobre derechos de autor y patentes que incentiven a autores e inventores a innovar y crear.[36]

Por otro lado, hay una larga tradición de oposición a los derechos de autor y patentes. Los opositores modernos incluyen a Rothbard, McElroy, Palmer, Lepage, Bouckaert y yo mismo.[37] Asimismo Benjamin Tucker se opuso vigorosamente a la propiedad intelectual en debate en el periódico individual-anarquista del siglo diecinueve *Liberty*.[38] Estos comentaristas apuntaron los muchos problemas que presentan los argumentos convencionales de utilitaristas y iusnaturalistas para justificar los derechos de propiedad intelectual. Estos argumentos y otros problemas de los argumentos habituales a favor de los derechos de propiedad se examinan a continuación.

Defensas utilitarias de la propiedad intelectual

Los partidarios de la propiedad intelectual la justifican a menudo desde una perspectiva utilitaria. Los utilitaristas sostienen que el «fin» de favorecer más innovación y creatividad, justifica los aparentemente inmorales «medios» de restringir la libertad de los individuos para usar su propiedad física como les plazca. Pero hay tres problemas fundamentales en justificar cualquier ley o derecho a partir de bases estrictamente utilitarias.

En primer lugar, supongamos que la riqueza o utilidad puede maximizarse adoptando ciertas reglas legales: el «tamaño de la tarta» se incrementaría. Incluso así, esto no demuestra que estas reglas estén justificadas. Por ejemplo, puede argumentarse que la utilidad neta mejoraría si se redistribuyera la mitad de la riqueza del uno por ciento más rico de la sociedad al diez por ciento más pobre. Pero incluso si el robo de la propiedad de A y dárselo a B incrementara el bienestar de B «más» de lo que disminuiría el de A (si pudiera hacerse esta comparación de alguna manera), esto no implicaría estuviera justificado que el robo de la propiedad de A. La maximización del bienestar no es el objetivo de la ley, sino la justicia: dar a cada uno lo suyo.[39] Incluso si la riqueza global se incrementara debido a las leyes de propiedad intelectual, esto no implicaría que el supuestamente deseable resultado justificara la inmoral violación de ciertos derechos individuales al uso de su propiedad como les parezca.

Además de los problemas éticos, el utilitarismo no es coherente. Implica necesariamente realizar comparaciones de utilidad interpersonales ilegítimas, como cuando los «costes» de las leyes de propiedad intelectual se restan de los «beneficios» para determinar si esas leyes ofrecen un beneficio neto.[40] Pero no todos los valores tienen un precio de mercado; de hecho, ninguno lo tiene. Mises demostró que

incluso para bienes que tienen un precio de mercado, el precio no sirve como *medición* del valor del bien.[41]

Por fin, aunque dejemos de lado los problemas relacionados con las comparaciones sobre utilidades interpersonales y la justicia de la redistribución y sigamos adelante utilizando técnicas de medición utilitarias estándar, no está claro en absoluto que las leyes de propiedad intelectual produzcan cambio alguno (positivo o negativo) en la riqueza general.[42] Se puede debatir si los derechos de autor y las patentes son realmente necesarios para incentivar la producción de trabajos creativos e invenciones o si las ganancias incrementales en innovación superan los inmensos costes de un sistema de propiedad intelectual. Los estudios econométricos no demuestran concluyentemente ganancias netas en riqueza. Quizá hubiera incluso *más* innovación si no hubiera leyes de patentes, quizá hubiera más dinero disponible para Investigación y Desarrollo (I+D) si no se tuviera que gastar en patentes y reclamaciones. Es posible que las empresas tuvieran un incentivo aún mayor para innovar si no pudieran confiar en un monopolio de casi veinte años.[43]

Sin duda el sistema de patentes tiene costes. Tal y como se indicó, las patentes sólo pueden obtenerse para aplicaciones «prácticas» de ideas, no para ideas más abstractas o teóricas. Esto desvía recursos del I+D teórico.[44] No está claro que la sociedad sea mejor con relativamente más invenciones prácticas y relativamente menos investigación y desarrollo teóricos. Además, muchas invenciones se patentan por razones defensivas, lo que ocasiona gastos en abogados y tasas en las oficinas de patentes. Si no hubiera leyes de patentes, por ejemplo, las compañías no gastarían dinero en obtener o defenderse ante patentes ridículas como las que aparecen en el apéndice. Simplemente, no se ha demostrado que la propiedad intelectual lleve a ganancias netas en riqueza. ¿No tenían la carga de la prueba los partidarios del uso de la fuerza contra la propiedad de otros?

Debemos recordar que cuando alguien es partidario de ciertas leyes y derechos y se preocupan por su legitimidad, se preguntan sobre la legitimidad y ética del uso de la *fuerza*. Preguntarse si una ley debe dictarse o existir es preguntarse: ¿es adecuado emplear la fuerza contra ciertas personas en ciertas circunstancias? No sorprende que esta pregunta en realidad no se aborde en el análisis de la maximización de la riqueza. El análisis utilitarista es perfectamente confuso y quebradizo: hablar sobre el incremento en el tamaño de la tarta resulta metodológicamente incorrecto, no hay evidencia clara de que la tarta aumente con los derechos de propiedad intelectual. Más aún, el crecimiento de la tarta no justificaría el uso de la fuerza contra la de otra forma legítima propiedad de otros. Por estas razones, los argumentos utilitaristas a favor de la propiedad intelectual no son convincentes.

Algunos problemas de los derechos naturales

Otros libertarios partidarios de la propiedad intelectual argumentan que ciertas ideas merecen protección como derechos de propiedad porque son *creaciones*. Rand apoyaba las patentes y derechos de autor como «la expresión legal de lo básico de todos los derechos de propiedad: el derecho del hombre al producto de su mente».[45] Para Rand, los derechos de propiedad intelectual son de alguna forma, la remuneración del trabajo productivo. Sencillamente, es justo que un creador participe en los beneficios de que otros utilicen su creación. Por esta razón, en parte, se opone a las patentes y derechos de autor *perpetuos*, puesto que los herederos futuros y no nacidos del creador original no son los responsables mismos de la creación de los trabajos de sus antepasados.

Un problema con la opinión basado en la creación es que casi invariablemente sólo protege *ciertos tipos* de creaciones, salvo que, por supuesto, cada idea útil individual estuviera sujeta a propiedad (ver más abajo). Pero la distinción entre protegible y no protegible es necesariamente arbitraria. Por ejemplo, las verdades filosóficas, matemáticas o científicas no pueden protegerse bajo la ley actual, ya que el intercambio comercial y social se vería entorpecido en cada caso en que una nueva frase, verdad filosófica o similar fuera considerada de propiedad exclusive de su creador. Por esta razón, solamente pueden obtenerse patentes para las llamadas «aplicaciones prácticas» de ideas, pero no para ideas más abstractas o teóricas. Rand se muestra de acuerdo con este tratamiento dispar, intentando distinguir entre un *descubrimiento*, no patentable, y una *invención*, patentable. Argumenta que «un descubrimiento científico o filosófico que identifique una ley de la naturaleza, un principio o un hecho de la realidad no conocido previamente» no es una *creación* del descubridor.

Pero la distinción entre creación y descubrimiento no es evidente ni rigurosa.[46] Tampoco está claro por qué esa distinción, si fuera clara, sería éticamente relevante al definir los derechos de propiedad. Nadie crea *materia*, solamente la manipula y la moldea de acuerdo con leyes física. En este sentido, en realidad nadie crea *nada*. Simplemente reordena la materia en nuevas estructuras y modelos. Un ingeniero que invente un nuevo modelo de ratonera ha reordenado partes existentes para ofrecer una función que antes no se llevaba a cabo. Otros que aprendan de esta disposición pueden igualmente fabricar una ratonera mejorada. Aún así, la ratonera simplemente sigue las leyes de la naturaleza. El inventor no inventa la materia de la que está hecha la ratonera, ni los *hechos* y las leyes aprovechadas para hacerla funcionar.

Igualmente, el «descubrimiento» por parte de Einstein de la relación E=mc2, una vez conocido por otros, les permite manipular la materia de una forma más eficiente. Sin los esfuerzos de Einstein, o del inventor, otros hubieran seguido *ignorando* ciertas leyes causales, ciertas formas en que puede manipularse y utilizarse la materia. Tanto el inventor como el científico teórico realizan un esfuerzo mental creativo para producir nuevas ideas útiles. Pero uno recibe recompensa y el otro no. En un caso reciente, el inventor de una nueva forma de calcular un número que represente el camino más corto entre dos puntos (una técnica enormemente útil) no recibió la protección de patente porque se consideró que esto era «simplemente» un algoritmo matemático.[47] Pero resulta arbitrario e injusto recompensar más a los inventores prácticos y artistas, por ejemplo, a ingenieros y compositores, y dejar sin recompensa a los científicos teóricos, matemáticos y filósofos. La distinción es por sí misma vaga, arbitraria e injusta.

Más aún, adoptar un límite temporal para los derechos de propiedad intelectual, en lugar de un derecho perpetuo, también implica normas arbitrarias. Por ejemplo, las patentes duran veinte años desde que se otorgan, mientras que los derechos de autor duran, en caso de autores individuales,

setenta años a partir de la muerte del autor. Nadie puede afirmar seriamente que diecinueve años para una patente sea un plazo demasiado corto y veintiuno demasiado largo, más de lo que podría afirmar que el precio actual de la gasolina o la leche pueda ser calificado objetivamente como demasiado alto o bajo.

Por tanto, uno de los problemas de la perspectiva del derecho natural para justificar la propiedad intelectual es que implica necesariamente distinciones arbitrarias en relación con qué clases de creaciones merecen protección y en lo que se refiere a la duración de esa protección.

Por supuesto, una forma de evitar esta dificultad es afirmar que *todo* es protegible por Propiedad Intelectual, con plazos perpetuos (infinitos). Por ejemplo, Spooner[48] es partidario de derechos perpetuos para patentes y derechos de autor. Schulman propone un concepto mucho más amplio de creaciones o ideas protegibles mediante propiedad intelectual. Propone derechos de propiedad a los que llama «derechos sobre logos» (*logorights*) sobre los logos que se creen. Los logos serían la «identidad material» o modelos de identidad de cosas creadas. El propietario de un logos sería propietario de los órdenes o modelos de información impuesto u observados en aspectos materiales.

El proponente más radical acerca de la propiedad intelectual es Andrew Joseph Galambos, cuyas ideas, hasta donde puedo entender, bordean el absurdo.[49] Galambos creía que el hombre tenía derechos de propiedad sobre su propia vida (propiedad primordial) y en «todas las derivaciones no procreativas de su vida».[50] Puesto que el «primer derivado» de la vida de un hombre son sus pensamientos e ideas, los pensamientos e ideas resultan ser «propiedad primaria». Puesto que la acción se basa en la propiedad primaria (ideas), también se tiene propiedad sobre las acciones; a ésta se llama «libertad». Los derivados secundarios como terrenos, televisores y otros bienes tangibles se producen mediante ideas

y acciones. Por tanto los derechos de propiedad sobre cosas tangibles se relegan a un estatus secundario más bajo en comparación con el estatus «primario» de los derechos de propiedad sobre ideas. (Incluso Rand elevó una vez a las patentes por encima de los simples derechos sobre bienes tangibles, en su extravagante noción de que «las patentes son el corazón y centro de los derechos de propiedad».[51] ¿Podemos de verdad creer que no se respetaban los derechos de propiedad antes de 1800, cuando se sistematizaron los derechos de patente?).

Aparentemente, Galambos llevó sus ideas a extremos ridículos, afirmando un derecho de propiedad sobre sus propias ideas y reclamando a sus estudiantes que no repitieran lo que decía,[52] echando un níquel en una caja común cada vez que utilizaba la palabra «libertad», como un royalty para los descendientes de Thomas Paine, supuesto «inventor» de la palabra «libertad» (liberty) y cambiando su nombre original de Joseph Andrew Galambos (Jr., supuestamente) a Andrew Joseph Galambos, para evitar infringir los derechos al nombre de su padre, de igual nombre.[53]

Al ampliar el ámbito de la propiedad intelectual y extender su duración para evitar esas distinciones arbitrarias, como hace Rand, el absurdo y la injusticia que causa la propiedad intelectual resultan aún más pronunciados (como demuestra Galambos). Y extendiendo el plazo de patentes y derechos de propiedad hasta el infinito, las próximas generaciones se verían ahogadas por las crecientes restricciones a su uso de la propiedad. Nadie podría fabricar (ni siquiera usar) una bombilla sin obtener permiso de los herederos de Edison. Nadie podría construir una casa sin permiso de los herederos del primer homínido que salió de las cavernas y construyó una choza. Nadie podría utilizar las diversas técnicas, productos y tratamientos para salvar vidas sin obtener permiso de varios afortunados y ricos descendientes. Nadie podría hervir agua para purificarla o usar encurtidos para conservar alimentos,

salvo que obtuvieran licencias para los generadores de estas técnicas (o sus descendientes remotos).

Esos derechos ideales sin límites serían una seria amenaza a los derechos de propiedad tangibles y amenazarían con aplastarlos. Todo uso de propiedad tangible sería entonces imposible, puesto que cualquier uso concebible, cualquier acción, acabaría por infringir uno de los millones de derechos de propiedad intelectual acumulados en el pasado y la raza humana moriría de hambre. Pero, como apuntó Rand, los hombres no son fantasmas: tenemos un aspecto espiritual, pero también físico.[54] Cualquier sistema que eleve los derechos sobre las ideas a un extremo tal que quede por encima de los derechos sobre cosas tangibles resulta claramente un sistema ético inapropiado para seres humanos que viven y respiran. Nadie puede realmente actuar de acuerdo con una visión de la propiedad intelectual tan falta de restricciones. El resto de los partidarios de la propiedad intelectual detallan su apoyo limitando el ámbito o los plazos de esos derechos, adoptando por tanto las distinciones éticamente arbitrarias que apuntamos más arriba.

Un problema más profundo sobre la posición respecto de los derechos de propiedad reside en su excesivo énfasis en la «creación», en lugar de en la escasez, como origen de los derechos de propiedad, como se discute a continuación.

Propiedad intelectual y derechos de propiedad

Propiedad y escasez

Volvamos atrás y miremos desde el principio la idea de derechos de propiedad. Los libertarios creen en los derechos de propiedad sobre bienes (recursos) tangibles. ¿Por qué? ¿Qué hace de los bienes tangibles sujetos de derechos de propiedad? ¿Por qué son propiedades los bienes tangibles?

Un poco de reflexión mostrará que se trata de la *escasez* de estos bienes, el hecho de que puede haber *conflictos* sobre ellos por parte de diversos actores humanos. El muy posible conflicto sobre un recurso hace que este sea escaso, dando lugar a la necesidad de reglas éticas para regular su uso. Por tanto, la función social y ética fundamental de los derechos de propiedad es prevenir los conflictos interpersonales sobre recursos escasos.[55] Como apunta Hoppe:

> Sólo porque existe la escasez existe un problema para formular leyes morales; mientras los bienes sean sobreabundantes (bienes «libres») no resulta posible que haya conflicto sobre su uso y no se necesitan acciones de coordinación. Por tanto, se deduce que cualquier ética correctamente concebida debe formularse como una teoría de la propiedad, es decir, una teoría sobre la asignación de derechos de control exclusivo sobre bienes escasos. Porque sólo entonces resulta posible evitar conflictos de otra forma inevitables e irresolubles.[56]

Otros pensadores que reconocen la importancia de la escasez al definir qué es la propiedad son Plant, Hume, Palmer, Rothbard y Tucker.[57]

Luego la naturaleza contiene cosas que son económicamente escasas. Mi uso de esa cosa entra en *conflicto* (excluye) con el uso de otro y viceversa. La función de los derechos de propiedad es evitar el conflicto interpersonal sobre recursos escasos, otorgando la propiedad exclusiva de

los recursos a individuos específicos (propietarios). Para llevar a cabo esta función, los derechos de propiedad deben ser a la vez *visibles* y *justos*. Es evidente que para que los individuos eviten utilizar propiedades de otros, los límites y derechos de la propiedad deben ser objetivos (determinables intersubjetivamente): deben ser *visibles*.[58] Por esta razón, los derechos de propiedad deben ser objetivos y no ambiguos. En otras palabras, «buenas vallas hacen buenos vecinos».[59]

Los derechos de propiedad deben mostrarse como *justos*, igual que visibles, porque no pueden servir a su función de prevenir conflictos si no se aceptan como tales por lo afectados por las normas.[60] Si los derechos de propiedad se establecen injustamente o sencillamente se obtienen por la fuerza, es como si no hubiera derechos en absoluto, es de nuevo sencillamente el poder contra el derecho, es decir, la situación previa a los derechos de propiedad. Pero, como reconocen los libertarios siguiendo a Locke, sólo el *primer ocupante* o usuario de esa propiedad puede ser su propietario natural. Sólo la norma del colono primer ocupante ofrece una asignación objetiva, ética y no arbitraria de la propiedad de recursos escasos.[61] Cuando los derechos de propiedad sobre medios escasos se establecen de acuerdo con las normas del primer ocupante, los límites de la propiedad son visibles y lo establecido se puede demostrar que es justo. Puede evitarse el conflicto con esos derechos de propiedad establecidos porque los demás pueden ver los límites de la propiedad, y por tanto apartarse de ellos, y se ven motivados para hacerlo porque lo establecido es justo.

Pero sin duda está claro, dado el origen, justificación y función de los derechos de propiedad, que éstos son sólo aplicables a los recursos *escasos*. Si estuviéramos en un jardín del Edén donde la tierra y otros bienes fueran infinitamente abundantes, no habría escasez y, por tanto, necesidad de normas de propiedad: los conceptos de propiedad no tendrían sentido. La idea de conflicto y la idea de derechos ni siquiera se plantearían. Por ejemplo, si me quitaran mi segadora no

estarían privando realmente de ella, si pudiera hacer aparecer otra de inmediato mediante un conjuro. Llevarse la segadora en estas circunstancias no sería un «robo». Los derechos de propiedad no son aplicables a cosas que abunden infinitamente, puesto que no puede haber conflictos por ellas.

Por tanto, los derechos de propiedad deben tener límites objetivos y discernibles y ser asignados de acuerdo con la norma del primer ocupante. Además, sólo pueden aplicarse a recursos escasos. El problema de los derechos de propiedad intelectual es que los objetos ideales protegidos por ellos no son escasos y además no son ni pueden ser asignados de acuerdo con la norma del primer ocupante, como veremos.

Escasez e ideas

Igual que la segadora que se reproduce mágicamente, las ideas no son escasas. Si invento una técnica para recolectar algodón, si alguien lo recolecta de esa manera no me quita la técnica. Todavía tengo mi técnica (y mi algodón). El uso del otro no excluye el mío: ambos podemos usar mi técnica para recolectar el algodón. No hay escasez económica ni posibilidad de conflicto acerca del uso de un recurso escaso. Por tanto, no hay necesidad de exclusividad.

Igualmente, si alguien copia un libro que yo haya escrito, seguiré teniendo el libro original (tangible) y también seguiré «teniendo» la secuencia de palabras que constituye el libro. Así pues, los trabajos de autor no son escasos en el mismo sentido que los son los terrenos o los coches. Si alguien se lleva mi coche, ya no lo tengo. Pero si se «lleva» el contenido de un libro y lo usa para hacer su propio libro físico, seguiré teniendo mi propia copia. Lo mismo vale para invenciones y, de hecho, para cualquier tipo de información que uno genere o tenga. Como escribió Thomas Jefferson (él mismo un inventor, así como en primer Examinador de Patentes de EE. UU.): «El que recibe una idea de mí, recibe instrucción sin que yo pierda la mía, igual que quien enciende su lámpara en la mina, recibe luz sin dejarme a mí en la oscuridad».[62] Puesto que el uso de la idea de otro no le priva de su uso, no es posible el conflicto sobre su uso; por tanto, las ideas no pueden ser parte de los derechos de propiedad. Incluso Rand aceptó que «la propiedad intelectual no puede consumirse».[63]

Las ideas no son por su naturaleza escasas. Sin embargo, al reconocer un derecho sobre un objeto ideal, se *crea* escasez donde no existía antes. Como explica Arnold Plant:

> Es una peculiaridad de los derechos de propiedad sobre patentes (y derechos de autor) que no aparecen por la escasez de los objetos apropiados. No son *consecuencia* de la escasez. Son la creación deliberada

> de la ley y en tanto que en general la institución de la propiedad privada se lleva a cabo para preservar los bienes escasos, tendiendo… a llevarnos a «sacar lo más posible de ellos», los derechos de propiedad en patentes y derechos de autor hacen posible la creación de una escasez de los productos apropiados que de otra manera no podría mantenerse.[64]

Bouckaert también argumenta que la escasez natural es la que da lugar a la necesidad de normas de propiedad y que las leyes de propiedad intelectual crean una escasez artificial e injustificable. Como indica:

> La escasez natural es la consecuencia de la relación entre el hombre y la naturaleza. La escasez es natural cuando es posible concebirla antes de cualquier acuerdo humano institucional contractual. La escasez artificial, por otro lado, es resultado de esos acuerdos. La escasez artificial difícilmente puede servir de justificación para el entramado legal que la causa. Ese argumento sería completamente circular. Por el contrario, la propia escasez artificial necesita una justificación.[65]

Así, Bouckaert mantiene que «sólo las entidades escasas naturalmente sobre la que es posible un control físico son susceptibles de» protección por derechos de propiedad *reales*.[66] Para objetos ideales, la única protección posible es la que se obtiene a través de derechos *personales*, es decir, contratos (ver más abajo).[67]

Sólo los recursos escasos y tangibles son posibles objetos de conflictos interpersonales, por lo que sólo a ellos son aplicables las normas de propiedad. Por tanto, las patentes y los derechos de autor son monopolios injustificables otorgados por la legislación gubernamental. No es sorprendente que, como apunta Palmer, «el privilegio monopolístico y la censura se encuentran en la raíz histórica de las patentes y los derechos

de autor».[68] Es este privilegio monopolístico lo que crea una escasez artificial donde antes no existía.

Recordemos que los derechos de propiedad intelectual dan a los creadores derechos parciales de control (propiedad) sobre la propiedad tangible de todos los demás. El creador tiene posesión parcial sobre las propiedades de otros en virtud de su derecho de propiedad intelectual, puesto que puede prohibirles realizar ciertas acciones *con su propiedad*. Por ejemplo, el autor X puede prohibir a un tercero, Y, escribir ciertas series de palabras en las páginas de en blanco de Y y con su propia tinta.

Es decir, simplemente creando una *expresión* original de ideas, simplemente pensando o grabando cierta información original, o encontrando una nueva forma de usar su propiedad (receta), el creador de propiedad intelectual instantánea y mágicamente se convierte en propietario parcial de la propiedad de otros. Tiene algo que decir acerca de cómo terceros pueden usar su propiedad. Los de derechos de propiedad intelectual cambian el *status quo* redistribuyendo la propiedad de individuos de cierta clase (propietarios de bienes tangibles) a individuos de otra (autores e inventores). Por tanto, *prima facie*, la ley de propiedad intelectual traspasa o «quita» la propiedad de los dueños de bienes tangibles, transfiriendo su propiedad parcial de autores e inventores. Es esta invasión y redistribución de la propiedad la que debe justificarse con el fin de que los derechos de propiedad intelectual sean válidos. Aquí vemos como las defensas utilitarias no consiguen lograrlo. Posteriores problemas con las defensas sobre derechos naturales se exploran más adelante.

Creación frente a escasez

Ya se apuntaron más arriba algunas inconsistencias y problemas con las teorías iusnaturalistas de la propiedad intelectual. Esta sección discute otros problemas relacionados con esos argumentos, desde la perspectiva de la discusión precedente sobre la importancia de la escasez.

Como se advirtió previamente, algunos libertarios partidarios de la propiedad intelectual, como Rand, sostienen que la *creación* es el origen de los derechos de propiedad.[69] Se confunde así la naturaleza y las razones de los derechos de propiedad, que descansan en el hecho innegable de la escasez. *Supuesta* la escasez y la correspondiente posibilidad de conflicto en el uso de los recursos, dichos conflictos se evitan y se consigue la paz y la cooperación estableciendo derechos de propiedad sobre ellos. Y el propósito de los derechos de propiedad dicta la naturaleza de esas normas. Puesto que si las normas que establecen los derechos de propiedad existen para servir como normas objetivas que todos pueden reconocer de forma que se eviten los conflictos, no pueden ser sesgadas o arbitrarias.[70] Por esto, los recursos sin dueño pasan a tener propietario (ocupados o apropiados) por parte del *primer* posesor.[71]

Por tanto, la norma general es que la propiedad de un recursos escaso concreto puede identificarse determinado quien fue el primero que lo ocupó. Hay varias maneras de poseer u ocupar recursos y distintas formas de demostrar o probar esa ocupación, dependiendo de la naturaleza del recurso y el uso que se le dé. Así, puedo coger una manzana silvestre y así apropiármela o vallar un terreno para hacer una granja. Se dice a veces que una forma de ocupación es «formar» o «crear» la cosa.[72] Por ejemplo, puedo esculpir una estatua a partir de un bloque de mármol o forjar una espada a partir de un trozo de metal o incluso «crear» una granja en un terreno.

Podemos ver en estos ejemplos que la creación es relevante para la cuestión de la propiedad de cierto recurso escaso «creado», como una estatua, una espada o una granja, sólo hasta el punto de que el acto de creación es un acto de ocupación, o al menos una evidencia de primera ocupación. Sin embargo, la «creación» por sí misma no justifica la propiedad de las cosas: no es necesaria ni suficiente. No puede *crearse* algún recurso escaso en posible disputa sin utilizar previamente los materiales en bruto usados para ello. Pero estos materiales son escasos y por tanto, los tengo o no. Si no los tengo, no soy dueño del producto resultante. Si soy dueño de los componentes, entonces, en virtud de esa propiedad, soy dueño de la cosa resultante en la que los transformo.

Pensemos en la forja de la espada. Si soy dueño de cierto metal en bruto (porque lo he obtenido de una mina de la que soy propietario), sigo siendo dueño del mismo metal después de haber dado forma a una espada. No necesito apoyarme en el hecho de la creación para poseer la espada, sino sólo en mi propiedad de los factores utilizados para hacerla.[73] No necesito que haya creación para poseer los factores, puesto que puedo apoderarme de ellos simplemente mediante minería y convirtiéndose así en primer poseedor. Por otro lado, si fabrico una espada utilizando metal *de otro, no* soy propietario de la espada resultante. De hecho, puedo deber daños por la transferencia o conversión.

Por tanto la creación no es necesaria ni suficiente para establecer la propiedad. Centrarse en la creación distrae del papel esencial de la primera ocupación como norma de propiedad para abordar el hecho fundamental de la escasez. La primera ocupación, no el trabajo o la creación, es a la vez necesaria y suficiente para hacerse con los recursos escasos sin dueño.

Una razón para la importancia indebida atribuida a la creación como fuente de derechos de propiedad puede ser el valor dado por algunos al *trabajo* como medio para acceder a

los recursos sin propietario. Esto se manifiesta en el argumento de que se accede a la propiedad sin dueño con la que se mezcla el trabajo, *porque* se «posee» el trabajo propio. Sin embargo, como apunta correctamente Palmer, «*la ocupación, no el trabajo* es el acto por el cual las cosas externas se convierten en propiedad».[74] Al fijarse en la primera ocupación, en vez de en el trabajo, como clave para la propiedad, no es necesario poner a la creación como fuente de derechos de propiedad, como hacen los objetivistas y otros. En su lugar, deben reconocerse los derechos de propiedad de los que llegan primero (o sus transferencias contractuales) con el fin de evitar el problema omnipresente de conflicto sobre recursos escasos. La creación por sí misma no es necesaria ni suficiente para obtener derechos sobre recursos sin dueño. Más aún, no hay necesidad de mantener la extraña opinión de que uno es «propietario» de su trabajo para poseer cosas que uno ocupa en primer lugar. El trabajo es una forma de acción y la acción no tiene propietario; más bien es la forma en que algunas cosas tangibles (los cuerpos) actúan en el mundo.

El problema con la defensa iusnaturalista de la propiedad intelectual, por tanto, reside en el argumento de que puesto que un autor-inventor «crea algo», tiene «por tanto» derecho a poseerlo. El argumento altera la cuestión asumiendo en primer lugar que el objeto ideal es poseíble; concedido esto, parece natural que el «creador» de este pedazo de propiedad sea el propietario natural y adecuado del mismo. Sin embargo, los objetos ideales no son poseíbles.

Bajo la perspectiva libertaria, *cuando* hay un recurso escaso (poseíble), identificamos su propietario determinando quién es su primer ocupante. En el caso de bienes «creados» (esculturas, granjas, etc.), a veces puede asumirse que el creador es también el primer ocupante al hacerse con los materiales y por el mismo acto de creación (dando cierto orden a la materia, construyendo un artefacto, etc.). Pero no es la creación *per se* los que da lugar a la propiedad, como hemos apuntado más arriba.[75] Por razones similares, la idea de

Locke de «mezclar el trabajo» con un recurso escaso sólo es relevante porque indica que el usuario ha poseído la propiedad (porque la propiedad debe poseerse para poder trabajar sobre ella). No es porque el trabajo deba recompensarse, ni porque «poseamos» el trabajo y «por tanto» sus frutos. En otras palabras, creación y «mezcla de trabajo» *indican* cuándo alguien ha ocupado (y por tanto hecho suyos) recursos escasos sin dueño.[76]

Al considerar la creación y el trabajo, en lugar de en la primera ocupación de los recursos escasos, como piedra de toque de los derechos de propiedad, los partidarios de la propiedad intelectual se ven obligados a poner un énfasis excesivo en la importancia de «recompensar» el trabajo del creador, igual que la teoría errónea del valor trabajo de Adam Smith llevó a Marx a la aún más profundamente errónea sobre la visión comunista de la explotación.[77] Como se apuntó antes, para Rand los derechos de propiedad intelectual son, en cierto sentido, la remuneración por un trabajo productivo. Rand y otros partidarios de los derechos naturales de propiedad intelectual parecen adoptar un razonamiento mixto derechos naturales-utilitarismo al sostener que la persona que invierte tiempo y esfuerzos debe ser recompensado o beneficiado por ese esfuerzo (por ejemplo, Rand se oponía a las patentes y derechos de autor perpetuos desde la base de que puesto que los descendientes lejanos no crearon los trabajos de sus antecesores, no merecen ninguna remuneración).[78]

Además, en una extraña mezcolanza de pensamiento iusnaturalista y utilitarista, la visión iusnaturalista de los derechos de propiedad implica que algo es una propiedad si puede contener *valor*. Pero como ha demostrado vigorosamente Hoppe, no puede tenerse un derecho de propiedad sobre el *valor* de su posesión, sino sólo sobre su integridad física.[79] Además, muchas «cosas» arbitrariamente definidas como tales pueden adquirir valor económico si el gobierno otorga un monopolio sobre su uso, incluso si no son

en modo alguno recursos escasos (por ejemplo, el monopolio de Correos).

Por tanto, como las ideas no son recursos escasos en el sentido de que sean posibles conflictos sobre su uso, no resultan ser sujetos adecuados de derechos de propiedad diseñados para evitar dichos conflictos.

Dos tipos de apropiación

Sin embargo ¿qué hay de malo en realidad en reconocer «nuevos» derechos de propiedad? Después de todo, como las nuevas ideas, creaciones artísticas e innovaciones nos enriquecen, ¿qué daño hace mantenerse al día reconociendo nuevas formas de propiedad? El problema es que si los derechos de propiedad se reconocen sobre recursos no escasos, esto significa necesariamente que disminuyen los derechos de propiedad sobre recursos tangibles en la misma proporción. Puesto que la única manera de reconocer derechos ideales, en nuestro mundo real y escaso, es destinarles derechos sobre bienes tangibles. Para mí, tener un derecho de patente efectivo (un derecho sobre una idea o disposición de cosas, no sobre un recurso escaso) significa que tengo algún control sobre los recursos escasos de todos los demás.

De hecho, podemos ver que los derechos de propiedad intelectual implican una norma nueva de adquisición de derechos sobre bienes escasos, que recorta el principio libertario de apropiación. Porque, de acuerdo con la apropiación libertaria-lockeana, es el *primer ocupante* de un recurso escaso previamente sin dueño el que se lo apropia, es decir, se convierte en su propietario. Un recién llegado que tome control de todo o parte de esa propiedad con dueño es sencillamente un ladrón, porque la propiedad ya tiene dueño. El ladrón establece de hecho una nueva y arbitraria norma de apropiación que reemplaza la regla del primer ocupante, que es la norma particular de que «Yo me convierto en dueño de la propiedad cuando te la quito por la fuerza». Por supuesto esa norma no es en absoluto una norma y es claramente inferior a la del primer poseedor. La norma del ladrón es particular, no universal; no es justa y sin duda no está diseñada para evitar conflictos.

Los proponentes de propiedad intelectual deben también proponer una nueva norma de apropiación para complementar,

si no reemplazar, la norma del primer poseedor. Deben mantener que una *segunda* manera por la que un individuo puede obtener propiedad tangible. Por ejemplo, el partidario de la propiedad intelectual debe proponer una norma de apropiación en la línea de lo siguiente: «Una persona que aporte una idea útil o creativa que pueda dirigir a un actor en el *uso* de su propiedad tangible obtiene instantáneamente un derecho a controlar toda la propiedad tangible del mundo en relación con usos similares a aquélla». Esta supuestamente moderna técnica de apropiación es tan poderosa que da al creador derechos sobre propiedades tangibles de terceros que *ya tienen dueño*.

Por ejemplo, al inventar una nueva técnica para excavar un pozo, el inventor puede prohibir *al resto* del mundo excavar pozos de esa manera, *incluso en sus propiedades*. Por poner otro ejemplo, imaginemos el tiempo en que los hombres vivían en cavernas. Un tipo listo (llamémosle Galt-Magnon) decide construir un refugio en un campo abierto, junto a sus plantaciones. Sin duda es una buena idea y los demás se dan cuenta de ello. Naturalmente imitan a Galt-Magnon y empiezan a construir sus propios refugios. Pero el primer hombre que inventa una casa, de acuerdo con los partidarios de la propiedad intelectual, tendría un derecho a prohibir a los demás construir casas en sus propios terrenos, con su propia madera o a cobrarles una tasa si las construyen. Es evidente que el innovador en estos ejemplos se convierte en *propietario parcial* de la propiedad tangible de otros (en este caso, terreno y madera), no a causa de primera ocupación y uso de esa propiedad (ya que ya tiene dueño), sino *por haber aportado una idea*. Esta norma se opone claramente a la de apropiación por el primer usuario, denegando arbitrariamente y sin fundamento la norma principal de ocupación que es la base de todos los derechos de propiedad.

De hecho, no hay razón por la que la mera innovación dé al innovador la titularidad de la propiedad de la que otros ya son dueños. Sólo porque una norma pueda proponerse no

quiere decir que sea factible o justa. Pueden imaginarse muchas normas arbitrarias por las que pueden establecerse los derechos de propiedad. Por ejemplo, un racista puede proponer que cualquier persona blanca puede apropiarse de cualquier propiedad previamente ocupada por una persona negra. O: el *tercer* ocupante de un recurso escaso se convierte en su propietario. O: el Estado puede apropiarse de todos los bienes de capital, aunque hayan sido adquiridos previamente por individuos. O: por decreto legislativo, el estado puede apropiarse, en forma de impuesto, de parte de las propiedades inmobiliarias que ya son propiedad de individuos privados. Todas esas normas arbitrarias de apropiación, incluyendo la norma sobre propiedad intelectual de que los innovadores se apropian de un control parcial de los recursos tangible de los demás, son injustificables. Todas entran en conflicto con la única norma de apropiación justificable, *la primera ocupación*. Ninguna establece normas justas y objetivas para evitar los conflictos interpersonales sobre recursos escasos. Las discusiones sobre la protección de derechos sobre «ideas», «creaciones» u «objetos de valor» sólo valen para ocultar el hecho de que el partidario de la propiedad intelectual se opone al indiscutible derecho de apropiación y posesión de propiedad privada.

La propiedad intelectual como contrato

Los límites de la contratación

Por tanto, la ley debería proteger los derechos individuales al propio cuerpo y a los recursos escasos legítimamente adquiridos (propiedad). No hay un derecho natural sobre objetos ideales (sobre innovación o creaciones intelectuales), sino sólo sobre recursos escasos. Muchos opositores a los derechos de propiedad intelectual típicamente sólo apoyan acuerdos *contractuales* para proteger ideas e innovaciones (contratos privados entre dueños de propiedades.[80] Por ejemplo, supongamos que A escribe un libro y vende copias físicas del mismo a numerosos compradores B_1, B_2… B_N, con la condición contractual de que cada comprador B se obliga a no hacer o vender una copia del texto. Bajo todas las teorías contractuales, cualquiera de los compradores B es responsable frente a A, al menos por daños y perjuicios, si viola esas condiciones.[81]

Pero los partidarios de la visión contractual de la propiedad intelectual se equivocan si creen que el contrato privado puede utilizarse para recrear el mismo tipo de protección que permiten los derechos modernos de propiedad intelectual. Las patentes y los derechos de autor existen contra *todos* los demás, independientemente de que consientan en un contrato. Son derechos *reales* que obligan a *todos*, de la misma manera que mi título sobre un terreno obliga a todos a respetar mi propiedad (aunque no tengan un contrato conmigo). Por el contrario, un contrato *sólo* obliga a las partes del mismo. Es como una ley privada entre las partes.[82] No obliga a terceros, es decir a quienes no estén «en privado» con las partes originales.[83]

Por tanto si el comprador del libro B cuenta a terceros T el argumento de la novela comprada, estos terceros T, no están obligados, en general, por la obligación contractual originaria entre A y B. Y si aprendo cómo ajustar el carburador de mi coche para doblar su eficiencia o si sé de un poema o

argumento de película que haya escrito otro, ¿por qué tengo que hacer como si lo ignorara y evitar actuar en función de este conocimiento? No me he obligado por contrato con el creador. No niego que pueda haber obligaciones contractuales implícitas o tácitas, pero en esas situaciones ni siquiera hay un contrato implícito.

Tampoco puede generalizarse que hayamos robado o adquirido fraudulentamente la información, puesto que hay muchas maneras legítimas por las que los individuos puedan obtenerla. Los trabajos artísticos, por su naturaleza, normalmente se hacen públicos. Igualmente los descubrimientos e innovaciones científicos pueden divulgarse fuera de las partes de acuerdos de confidencialidad. Y sin duda no puede decirse es uso de mi carburador o el escribir una novela con el mismo argumento interfiera físicamente con el uso que haga el creador de su propiedad tangible. Tampoco impide que el creador utilice su propia idea para mejorar su coche o el de otros, o use ese argumento.

Por tanto, mi ajuste del carburador no es una vulneración de un contrato, no es un robo y no es un allanamiento de la propiedad tangible del inventor. Manipular mi carburador no viola los derechos del inventor. Como mucho, mi uso de su idea disminuye su *valor* para el inventor, al dificultar su capacidad de explotarla monopolísticamente. Sin embargo, como hemos visto, no puede tenerse un derecho sobre el valor de la propiedad, sino sólo sobre su integridad física.[84]

Por tanto, el uso del contrato sólo nos lleva algo más lejos. El editor puede ser capaz de obligar contractualmente a sus compradores a no copiar su libro, pero no puede impedir que terceros lo publiquen y vendan, salvo que algún contrato lo prohíba.

Contratos contra derechos reservados

Por tanto, terceros que no sean parte en el contrato y no se encuentren entre los obligados y obligantes, no se ven afectados por la relación contractual. Por ello, aunque un innovador puede usar un contrato para evitar que determinados individuos puedan usar libremente sus ideas, resulta difícil utilizar una ley contractual estándar para evitar que terceros utilicen ideas que obtengan de otros. Quizás al percibir este problema, algunos partidarios de una cuasi-propiedad intelectual evolucionan de una visión puramente contractual a una de «reserva de derechos» en la que los derechos de propiedad sobre recursos tangibles se contemplan como un haz divisible de derechos.

Por ejemplo, bajo la perspectiva del haz de derechos, el propietario de un terreno puede vender el mineral del mismo a una compañía petrolífera, reteniendo los derechos de superficie, excepto una servidumbre de paso otorgada a un vecino y un usufructo del terreno para su madre. Recurriendo a la noción del haz de derechos, la teoría de la «reserva de derechos» sostiene que cierto tipo de propiedad intelectual «privada» puede generarse privadamente al reservar creativamente derechos de *reproducir* cosas tangibles vendidas a compradores.

Por ejemplo, Rothbard argumenta que puede otorgarse una «propiedad» (o «conocimiento») condicional u otro, «reteniendo el poder de propiedad de diseminar el conocimiento de la invención». O Brown, el inventor de una ratonera mejorada, puede estampar «copyright» y por tanto vender el derecho sobre cada ratonera *excepto* el de reproducirla. Igual que los derechos reales que acompañan a propiedad intelectual legal, esas «reservas» supuestamente obligan a todos, no sólo a los que han contratado con el vendedor original. Por tanto, terceros que sean conscientes, compren o lleguen de cualquier forma a la posesión de un bien

restringido tampoco pueden reproducirlo (*no* porque hayan entrado en contacto con Brown, sino porque «nadie puede adquirir un título de propiedad *superior* sobre algo de lo que haya dispuesto o vendido». En otras palabras, el tercero adquiere un bien tangible (digamos un libro o una ratonera), pero de alguna forma sin la parte del «derecho de copia» del haz de derechos que «normalmente» constituye el derecho íntegro sobre la cosa. O el tercero adquiere la «propiedad» de la información de una persona que no es propietario de la misma y por tanto no está autorizado a transmitirla a otros.[85]

Pero sin duda aquí falla algo. Supongamos que A escribe una novela y vende una primera copia, $LIBRO_1$, sin restricciones (es decir, sin reserva de derechos) a B_1 y una segunda copia, $LIBRO_2$, a B_2 (pero «reservándose» el «derecho de copia» inherente al libro). Los dos libros, $LIBRO_1$ y $LIBRO_2$ aparecen como idénticos frente a terceros. Pero no lo son: uno está incompleto, el otro por alguna razón contiene más «esencia de derechos» entre sus páginas. Supongamos que B_1 y B_2 dejan esos libros en un banco del parque, donde los descubre un tercero T. De acuerdo con Rothbard, a $LIBRO_2$ le «falta» el «derecho de copia», igual que un juguete electrónico que se vende «sin pilas incluidas». Como si existiera un tentáculo místico e invisible de «propiedad de reproducción» que uniera a $LIBRO_2$ a su verdadero propietario A, donde quiera que esté. Por tanto, aunque T encuentre y se apropie del abandonado $LIBRO_2$, este libro no contiene «en sí mismo» el derecho a permitir copiarlo a su propietario. Es constantemente succionado a través de un agujero de derechos que le conecta con el propietario A. Por tanto, si T se apropia del libro, se apropia nada más que de lo que adquiere. T se apropia sólo de un libro sin un derecho de copia «incluido», y por tanto no tiene derecho a copiar $LIBRO_2$. Lo mismo es cierto para subsiguientes terceros que lleguen a poseer el libro.

¿De verdad puede sostenerse esta opinión? ¿Podemos concebir que los derechos de propiedad funcionen de esta

manera? Y aunque podamos, ¿se obtendría así el resultado esperado (evitar que terceros utilicen las ideas protegidas)? Es difícil sostener que los derechos puedan reservarse de esta forma. Una función de los derechos de propiedad es, después de todo, evitar conflictos al poner *al corriente* a terceros acerca de los límites de la propiedad. Los límites deben ser necesariamente objetivos y determinables intersubjetivamente: deben ser *visibles*. Sólo si los límites son visibles *pueden* ser respetados y los derechos de propiedad sirven a su función de permitir evitar conflictos. Sólo si esos límites son a la vez visibles y objetivamente justos (justificables) puede esperarse que se adopten y cumplan. Pero pensemos en los dos libros, $LIBRO_1$ y $LIBRO_2$. ¿Puede alguien indicar la diferencia entre ellos? ¿Cómo podría verse la ligazón de derechos conectada al último, pero no al primero? ¿Cómo puede esperarse de terceros respetar un límite de propiedad amorfo, invisible, místico, sobrenatural, posiblemente desconocido y no conocible?

Las implicaciones de esta perspectiva son problemáticas. Palmer escribe:

> La separación y retención del derecho de copia del haz de derechos que llamamos propiedad es problemático. ¿Puede reservarse, por ejemplo, el derecho a recordar algo? Supongamos que escribo un libro y lo ofrezco a alguien para que lo lea, pero retengo un derecho: el de recordarlo. ¿Estaría justificado si le llevara a los tribunales si puedo probar que ha recordado el nombre del protagonista del libro? **[86]**

Pero los terceros aún tienen un problema para esta teoría. Aun si un vendedor de un objeto puede de alguna forma «reservarse» ciertos derechos de uso con respecto al bien vendido, ¿cómo se evita que terceros utilicen *información* que aparece o está contenida en ese objeto? Los partidarios de los derechos reservados dicen más que el comprador inmediato B_1

se ve obligado a no reproducir el libro, porque este resultado puede obtenerse apuntando que hay un *contrato* implícito entre el vendedor A y el comprador B_1. Consideremos un tercero, T_1, que encuentra y lee el libro abandonado, *aprendiendo* así la información que contiene. Alternativamente consideremos otro tercero, T_2, que nunca ha estado en posesión o incluso visto el libro, sencillamente aprende la información del libro a través de cotilleos, graffitis, correo electrónico no solicitado y cosas así. Ni T_1 ni T_2 tienen un contrato con A, pero ahora poseen cierto conocimiento. Aunque el libro no contenga de alguna forma un «derecho de reproducción», ¿cómo puede evitarse que T_1 y T_2 utilicen su propio conocimiento? Y aunque digamos que T_1 está «obligado» por alguna razón por un aviso de copyright contractual impreso en el libro (una visión insostenible de un contrato), ¿cómo se obliga a T_2 mediante un contrato o derecho reservado?

Rothbard intenta abordar este punto como sigue:

> Una objeción común se desarrolla como sigue: de acuerdo, sería delictivo que Green [el comprador] produzca y venda la ratonera de Brown, pero supongamos que algún otro, llamémosle Black, que no tiene contrato alguno con Brown, resulta que ve la ratonera y se decide y produce y vende la réplica. ¿Por qué habría que condenarle? La respuesta es… que nadie puede adquirir sobre algo un título de propiedad *mayor* que el que se le ha otorgado o vendido. Green no posee el derecho íntegro de propiedad sobre su ratonera, de acuerdo con su contrato con Brown, sino *limitado* en la posibilidad de vender… una réplica. Por tanto, el título de Black sobre la ratonera, la propiedad de las ideas que hay en su cabeza no pueden ser mayores que las de Green y por tanto él también violaría la propiedad de Brown, aunque él mismo no sea parte real del contrato.[87]

Hay muchos problemas con este razonamiento. En primer lugar, Black sólo *ve* la ratonera de Green. No ve ni accede a la idea en la cabeza de Green. Ni siquiera necesita acceder a ella para poder duplicar las funciones evidentes de la ratonera.

Además, las ideas en la cabeza no se «poseen» más de lo que se posee el trabajo. Sólo se poseen los recursos escasos. Al perder de vista la escasez como un aspecto necesario para que algo pueda ocuparse y la regla de la primera ocupación como la manera de poseer las cosas, Rothbard y otros se desvían hacia la noción errónea de que puede tenerse propiedad sobre ideas y trabajo. Si reconocemos que no puede tenerse propiedad sobre las ideas (no son recursos escasos), esa creación no es ni necesaria ni suficiente para la propiedad (la primera ocupación sí lo es) y que el trabajo no necesita «poseerse» para ser un ocupante, el problema que causan esas nociones confusas desaparece.

Si de *alguna forma* Black llega a poseer las ideas implícitas en lo que Brown inventó (en el ejemplo de Rothbard, «resulta que [la] ve»), es *irrelevante* que la ratonera no tenga un «derecho de copia» en ella. Porque Black no necesita ese permiso para usar su propiedad si lo ve adecuado. ¿Cómo puede ocurrir que «resultando que ve» la ratonera Black se convierta en un violador de los derechos de Brown?

Toda acción, incluida la que emplea medios escasos en propiedad implica el uso de conocimiento técnico.[88] Parte de este conocimiento se obtiene a partir de lo que vemos, incluyendo la propiedad de otros. No tenemos que tener un «derecho de copia» como parte de un haz de derechos para tener derecho a imponer una forma o disposición determinada a un objeto de nuestra propiedad. Por el contrario, tenemos derecho a hacer *todo lo que queramos* en y sobre nuestra propiedad, *siempre que no* invadamos los límites de la propiedad de terceros. No debemos perder de vista este punto libertario crucial. Si poseo un terreno de 100 acres, puedo brincar desnudo por él, *no* porque el terreno tenga algún

«derecho a brincar desnudo», sino porque *soy el dueño* del terreno y usarlo de esa forma no viola (necesariamente) los derechos de propiedad de otros.

De forma similar, estoy autorizado a hacer lo que quiera con mi propiedad (mi coche, mi papel, mi procesador de textos), incluyendo mejorar el carburador de mi coche o usar mi tinta para imprimir palabras en mi papel. Es decir, *salvo que* esté obligado contractualmente ante otro a restringir mis acciones respecto de mi uso de ese conocimiento. No tengo que encontrar antes en mi propiedad un «derecho de usar de cierta forma» porque todas las maneras de usarlo, *salvo* aquéllas que invadan los límites de la propiedad de terceros, están comprendidas el *derecho de uso* general de mi propiedad. Los libertarios creemos en los derechos, no en los permisos. No necesitamos recibir permiso para realizar acciones en nuestra propiedad. Contrariamente a las sociedades totalitarias, todo lo que no está prohibido, está permitido. La perspectiva de la reserva de derechos revertiría esto al suponer que cada uso de la propiedad sólo es válido si ese derecho de uso en particular puede encontrarse o localizarse de alguna forma en dicha propiedad.

Pensemos en el siguiente ejemplo. El granjero Jed descubre petróleo en su terreno. Nadie en millas a la redonda sabe nada sobre el oro negro. Jed piensa en comprar los terrenos de sus vecinos por una miseria: los venderán baratos, puesto que no saben nada acerca del petróleo. En mitad de la noche, su vecino cotilla Cooter, que sospecha por el reciente buen humor de Jed, se introduce en su propiedad y descubre la verdad. A la siguiente mañana, en la peluquería de Floyd, Cooter lo cuenta todo a Clem y los demás chicos. Uno de ellos se apresura a ir a una cabina y avisar a a un reportero del *Wall Street Journal* (que resulta ser su sobrino). Pronto resulta ser del dominio común que hay petróleo en los alrededores. Los vecinos pasan a pedir precios exagerados por el terreno, arruinando los planes de Jed.

Concedamos que Cooter puede ser procesado por invasión de propiedad y daños. La pregunta es ¿puede evitarse que los vecinos de Jed actúen de acuerdo con sus conocimientos? Es decir, ¿puede obligárseles de alguna manera a *pretender* que no saben nada acerca del petróleo y vender el terreno a Jed por la cantidad en la que «hubieran vendido» cuando no sabían nada? Por supuesto que no. Poseen sus terrenos y pueden utilizarlos como les parezca. Al contrario que la propiedad tangible, la información no tiene dueño: no es propiedad. El poseedor de un reloj robado puede tener que devolverlo, pero mientras que el que adquiere conocimiento no lo obtenga ilícitamente o violando un contrato, es libre de actuar en consecuencia.

Sin embargo, hay que advertir que de acuerdo que la perspectiva de la reserva de derechos, no se permitiría a los vecinos actuar de acuerdo con sus conocimientos, porque en definitiva los han obtenido de Cooter, un allanador que no tenía la «titularidad» de ese conocimiento. Por tanto, no podrían haber obtenido un «título mayor» que el tenía el propio Cooter. Hay que advertir también que otros, como geólogos que busquen depósitos petrolíferos, no podrían incluir esta información en sus mapas. Deben simular ignorancia hasta recibir permiso de Jed. Esta ignorancia impuesta se corresponde con la escasez no natural impuesta por la propiedad intelectual. Claramente no hay garantía desde la perspectiva de los derechos reservados que pueda prohibir en modo alguno a terceros utilizar el conocimiento que adquieren.

Sencillamente, no es legítimo restringir el modo que un propietario pueda disponer de su propiedad salvo que se haya obligado contractualmente o haya adquirido la información violando los derechos del propietario de la misma. Hablar de reservarse el derecho de copia es simplemente un forma de evitar la noción contractual de que sólo las partes del contrato están obligados por él.[89]

Por tanto, en general, los compradores sólo pueden obligarse por contrato con los vendedores a no copiar o incluso revender la cosa. Sin embargo, una vez que terceros conozcan las ideas que subyacen la invención o el trabajo literario, su uso de ese conocimiento, en general, no violaría ningún derecho de propiedad reconocible del vendedor.

A partir de esta visión de la escasez, la propiedad y el contrato, examinemos la legitimidad de las formas más comunes de propiedad intelectual.

Derecho de autor y patente

Como ya debería ser evidente, el derecho de autor y las patentes buscan evitar que propietarios de propiedades tangibles (recursos escasos) utilicen su propiedad como les parezca. Por ejemplo, tienen prohibido, bajo la ley de las patentes, practicar métodos patentados es su propiedad o modelarla con la forma de dispositivos patentados, aunque hayan inventado independientemente el método o dispositivo. Bajo la ley de derechos de autor, terceros que no hayan contratado con el autor no pueden copiar o beneficiarse del trabajo original del autor. Claramente, los vendedores de novelas u obras literarias pueden contratar con los compradores prohibir que éstos reproduzcan o incluso revendan la cosa. Estas redes contractuales pueden ser complejas: un novelista puede licenciar su historia a un estudio cinematográfico bajo la condición de que éste obligue a los cines a obligar a sus clientes a aceptar no reproducir el argumento de la película y así sucesivamente.

Pero una vez que terceros no implicados en un contrato adquieran esa información, son libres de usarla como les parezca. La perspectiva de los derechos reservados no cambia nada. Por tanto, sería probablemente difícil mantener algo similar a nuestras leyes actuales de patentes y derechos de autor mediante el solo uso de contratos.

Secretos industriales

Los secretos industriales son más fáciles de justificar que las patentes y derechos de autor. Palmer argumenta que «emergen» de derechos comunes de tipo legal y son, por tanto, legítimos.[90] La ley de secretos industriales permite obtener indemnizaciones o solicitar acciones judiciales para evitar acciones de «apropiación indebida» de un secreto industrial. Esto puede aplicarse contra la persona que haya adquirido ilegalmente el secreto y lo divulgue contraviniendo una obligación contractual, y también contra terceros que sepan que obtienen el secreto de esas personas.[91]

Supongamos que el empleado A, de la compañía X tiene acceso a un secreto industrial de X, como la fórmula secreta de un refresco. Está sujeto a una cláusula de su contrato de trabajo que le obliga a mantener esa fórmula en secreto. Más tarde cambia de empleo a la competencia Y. Y quiere usar la fórmula que conoce por A para competir con X. Bajo la ley actual, mientras la fórmula secreta no se haga pública, X puede obtener una orden judicial que evite que A revele el secreto a Y. Si A ya ha revelado el secreto a Y, también puede obtener un interdicto para evitar que Y utilice o publique la fórmula.

Resulta claro que el interdicto y la indemnización contra A son adecuados, porque A ha violado su contrato con X. Más cuestionables son las acciones contra Y, ya que Y no tiene contrato alguno con X. Sin embargo, en el contexto en el que normalmente aparecen esas situaciones, donde el competidor Y desea el secreto industrial y sabe que el empleado deshonesto está violando su contrato, podría argumentarse que Y actúa conspirando o como cómplice de A para violentar los derechos (contractuales) de secreto industrial de X. Porque A no ha violado de hecho el acuerdo de secreto hasta que lo ha revelado a Y. Si Y solicita activamente a A que lo haga, Y resulta ser cómplice o conspirador en la violación de los

derechos de X. Así, igual que el conductor del coche utilizado para huir en un robo o el jefe de la mafia que ordena un asesinato son correctamente responsables por actos de agresión cometidos por otros junto con los que conspiran, puede, en casos muy definidos, prohibirse a terceros utilizar un secreto industrial obtenido por aquel que lo robe.[92]

Marcas registradas

Palmer también argumenta que la ley de marcas registradas es legítima.[93] Supongamos que un lachmanniano cambia el nombre de su desastrosa cadena de hamburgueserías de LachmannBurgers a RothbardBurgers, que es el nombre ya existente de otra cadena de hamburgueserías. Yo, como consumidor, quiero comerme una RothbardBurger. Veo uno de los falsos RothbardBurgers regentado por el perverso lachamnniano y compro una hamburguesa. Bajo la ley actual, Rothbard, el «propietario» de la marca registrada RothbardBurgers puede evitar que el lachmanniano utilice esa marca para vender hamburguesas, puesto que es «confusamente similar» a su propia marca registrada. Es decir, es como equivocar a los consumidores como si fuera la fuente real de los bienes comprados. Por tanto, la ley le da el derecho al poseedor de la marca registrada contra el infractor.

Desde mi punto de vista, son los *consumidores* los que ven violados sus derechos, no el propietario de la marca. En el ejemplo anterior, yo (el consumidor) pensé que estaba comprando una RothbardBurger, pero en su lugar obtuve una horrible LachmannBurger con su estúpida salsa caleidoscópica. Debería tener derecho a demandar al lachmanniano por fraude y ruptura de contrato (sin mencionar la comisión intencionada de angustia emocional y falsa representación de verdades praxeológicas). Sin embargo, es difícil ver cómo este acto de fraude, perpetrado sobre *mí* por el lachmanniano, pueda violar los derechos de *Rothbard*. Las acciones del lachmanniano no invaden físicamente la propiedad de Rothbard. Ni siquiera convencen a terceros para que lo hagan. Como mucho, puede decirse que convence a terceros a realizar una acción dentro de sus derechos, que incluyen comprar una hamburguesa al lachmanniano, en lugar de a Rothbard. Por tanto, parece que, bajo una óptica libertaria, la ley de marcas industriales debería dar a los

consumidores, no a los *usuarios* de marcas registradas, el derecho a demandar a piratas de marcas registradas.

Aún más, nuevas extensiones novedosas de las marcas registradas, como los derechos contra la depreciación de marcas registradas o ciertas formas de ciberocupación, no tienen justificación. Igual que un poseedor de una marca registrada no tiene un derecho a su marca, tampoco tiene derecho contra su depreciación. La ley contra la ciberocupación se basa sencillamente en una oposición ignorante económicamente del mercado negro y el arbitraje. Por supuesto, no hay nada malo en ser el primero en adquirir un nombre de dominio y por tanto venderlo al que más ofrezca.

Conclusión

Por tanto, vemos que un sistema de derechos de propiedad sobre «objetos ideales» requiere necesariamente la violación de otros derechos de propiedad, es decir, del uso de la propiedad tangible como se desee.[94] Un sistema de ese tipo requiere una nueva regla de ocupación que subvierta la norma del primer ocupante. La propiedad intelectual, al menos en forma de patente y derecho de autor no puede justificarse.

No es sorprendente que los defensores de la propiedad intelectual, abogados, artistas e inventores, a menudo parezcan dar por sentada su legitimidad. Sin embargo, quienes están más concienciados con la libertad, la verdad y los derechos no deberían dar por supuesto el uso institucionalizado de la fuerza utilizado para garantizar los derechos de propiedad intelectual. Por el contrario, deberían reafirmar la primacía de los derechos individuales sobre nuestros cuerpos y recursos escasos apropiados.



NORMAN STEPHAN KINSELLA, (Luisiana, 1965). Es un abogado de propiedad intelectual y un teórico legal libertario anarcocapitalista. Es miembro Senior del Mises Institute. Sus obras publicadas aparecen principalmente en su blog y en sitios web relacionados con el Ludwig von Mises Institute y la idea anarcocapitalista.

Notas

[1] Términos como «bienes reales», «personalidad» o «tangibles» son habituales en derecho común, términos análogos en el derecho civil son «inmuebles», «muebles» y «corpóreos». Ver Stephan Kinsella, *A Civil Law to Common Law Dictionary*, Louisiana Law Review 54 (1994), pp. 1265–305 para otras diferencias entre terminología de la ley civil y la ley común. El término «cosas» es un concepto amplio de la ley civil que se refiere a todo tipo de objetos, corpóreos o incorpóreos, muebles o inmuebles. <<

[2] El debate sobre este asunto se manifiesta en diferencias acerca de la inalienabilidad y en relación con la ley de los contratos, esto es, ¿podemos «vender» o enajenar nuestros cuerpos de la misma forma que podemos enajenar derechos inmanentes o de propiedad? Para ver argumentos contra la inalienabilidad del cuerpo, ver N. Stephan Kinsella, *A Theory of Contracts: Binding Promises, Title Transfer, and Inalienability* (ponencia presentada en la Conferencia de Estudios Austriacos, en Auburn, Alabama, abril de 1999); y N. Stephan Kinsella, *Inalienability and Punishment: A Reply to George Smith*, The Journal of Libertarian Studies Volumen 14, nº 1 (Invierno 1998–99), pp. 79–93. Para argumentos en favor de la alienabilidad, ver Walter Block, *Toward a Libertarian Theory of Inalienability: A Critique of Rothbard, Barnett, Gordon, Smith, Kinsella, and Epstein*, The Journal of Libertarian Studies (a publicar). <<

[3] Para opiniones opuestas a las leyes sobre amenazas, ver Walter Block, *Toward a Libertarian Theory of Blackmail*, The Journal of Libertarian Studies Volumen 15, nº. 2 (Primavera 2001); Walter Block, *A Libertarian Theory of Blackmail*, Irish Jurist 33 (1998), pp. 280–310; Walter Block, Defending the Undefendable (New York: Fleet Press, 1976), pp. 53–54; Murray N. Rothbard, The Ethics of Liberty (New York: New York University Press, 1998), pp. 124–26 y Eric Mack, *In Defense of Blackmail*, Philosophical Studies 41 (1982), p. 274.

Para opinions favorables a las leyes contra el chantaje, ver Robert Nozick, Anarchy, State, and Utopia (New York: Basic Books, 1974), pp. 85–86; y Richard Epstein, «Blackmail, Inc.», University of Chicago Law Review 50 (1983), p. 553.

Para argumentos libertarios contra las leyes sobre difamación (libelo y calumnia), ver *Block, Defending the Undefendable*, pp. 50–53; y Rothbard, *The Ethics of Liberty*, pp. 126–28; a favor, ver David Kelley in *David Kelley vs. Nat Hentoff: Libel Laws: Pro and Con*, audiolibro (Free Press Association, Liberty Audio, 1987). <<

[4] En algunos países europeos, se usa el término «propiedad industrial» en lugar de «propiedad intelectual». <<

[5] *De La Vergne Refrigerating Mach. Co. contra Featherstone*, 147 U.S. 209, 222, 13 Corte Suprema. 283, 285 (1893). <<

[6] Tom G. Palmer, «Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects», en «Symposium: Intellectual Property», *Harvard Journal of Law & Public Policy* 13, nº. 3 (Verano 1990), p. 818. Como ha advertido un comentarista, «la propiedad intelectual puede definirse abarcando derechos sobre nuevas ideas contenidas en productos tangibles mediante un esfuerzo cognitivo». Dale A. Nance, «Foreword: Owning Ideas», in «Symposium: Intellectual Property», *Harvard Journal of Law & Public Policy* 13, nº 3 (Verano 1990), p. 757. <<

[7] Una introducción útil puede encontrarse en Arthur R. Miller y Michael H. Davis, *Intellectual Property: Patents, Trademarks, and Copyrights in a Nutshell*, 2.ª ed. (St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990); ver también <<

[8] Código de EE. UU., Título 17 artículos 101 y 106 y siguientes. <<

[9] La ley moderna de derechos de autor ha suplantado y en buena medida se ha impuesto a «ley civil de derechos de autor», que se dirigía automáticamente al momento de la creación de la obra y que esencialmente sólo daba un derecho a la primera publicación. Goldstein, *Copyright*, capítulo 15.4 y siguientes. <<

[10] Código de EE. UU., Título 17 artículo 302. Debido a legislación reciente, estos plazos son 20 años mayores que los establecidos en la norma anterior. Ver Ley 2589 del Congreso, la *Sonny Bono Copyright Term Extension Act/Fairness in Music Licensing Act of 1998*. <<

[11] Código de EE. UU., Título 35 artículos 1 y siguientes; Código de Regulaciones Federales, Título 37, Parte 1. <<

[12] Supongamos que A inventa y patenta una ratonera mejor, que tenga un muelle de Nitinol (metal con memoria) para facilitar la capacidad de cerrarse de golpe. Supongamos ahora que B inventa una ratonera en la que el muelle de Nitinol se cubre con una capa antiadherente, para facilitar quitar el ratón atrapado al tiempo que mantiene la capacidad del Nitinol de cerrarse de golpe. B tiene que tener una ratonera con un muelle de Nitinol para utilizar su invento, pero esto infringiría la patente de A. Igualmente, A no puede añadir la capa antiadherente a su invento sin infringir la patente mejorada de B. En esas situaciones, los dos titulares de patentes pueden autorizarse entre sí, para que A pueda implantar la mejora de B en la ratonera y también B pueda usar su invento. <<

[13] *Diamon contra Dier*, 450 US 175, 185 (1981); ver también Código de EE. UU., Título 35 artículo 101. <<

[14] *In re Alappat*, 33 F3d 1526, 1544, 31 USPQ2d 1545, 1557 (Fed Cir 1994) (in banc). Ver también *State Street Bank & Trust Co. contra Signature Financial Group*, 149 F3d 1368 (Fed Cir 1998). <<

[15] Código de EE. UU., Título 35 artículo 154(a)(2). <<

[16] Ver, por ejemplo, R. Mark Halligan, esq., «Restatement of the Third Law, Unfair Competition: A Brief Summary,» §§ 39–45, <<

[17] Ver *Uniform Trade Secrets Act* (UTSA). <<

[18] *Economic Espionage Act* de 1996; Código de EE. UU., Título 18, artículos 1831-1839. <<

[19] Código de EE. UU., Título 15, artículos 1501 y siguientes; Código de Regulaciones Federales, Título 37, Parte 2. <<

[20] Código de EE. UU., Título 15, artículos 1125(c) y 1127. <<

[21] Código de EE. UU., Título 15, artículo 1125(d); *Anticybersquatting Consumer Protection Act*, PL 106–113 (1999); HR 3194, S1948. <<

[22] Ver Código de EE. UU., Título 17, artículos 901 y siguientes. <<

[23] Ver Código de EE. UU., Título 17, artículos 1301 y siguientes <<

[24] Ver, por ejemplo, HR 354 (presentado el 19/10/1999), *Collections of Information Antipiracy Act*. Ver también Jane C. Ginsburg, *Copyright, Common Law, and Sui Generis Protection of Databases in the United States and Abroad*, University of Cincinnati Law Review 66 (1997), p. 151. <<

[25] Constitución de los EE. UU, Artículo 1, Sección 8; *Kewanee Oil Co. contra Bicron Corp*., 415 US 470, 479, 94 S.Ct. 1879, 1885 (1974). <<

[26] Ver Paul C. van Slyke y Mark M. Friedman, «Employer’s Rights to Inventions and Patents of Its Officers, Directors, and Employees», *AIPLA Quarterly Journal* 18 (1990), p. 127; y *Chisum on Patents*, § 22.03; Código de EE. UU., Título 17, artículos 101 y 201. <<

[27] Constitución de los EE. UU., Artículo 1, Sección 8, Cláusula 3; *Wickard contra Filburn*., 317 US 111, 63 S. Ct. 82 (1942). <<

[28] Sin embrago, véase la ley federal *Economic Espionage Act of 1996*, Código de EE. UU., Título 18, artículos 1831-1839. <<

[29] Ayn Rand supone erróneamente que el primero que hace la solicitud tiene prioridad (y por tanto le cuesta defender ese sistema). Ver Ayn Rand, «Patents and Copyrights», en *Capitalism: The Unknown Ideal* (New York: New American Library, 1967), p. 133. También ataca confusamente el estricto escrutinio antitrust a los poseedores de patentes. Sin embargo, puesto que las patentes son monopolios otorgados por el Gobierno, no es injusto utilizar una ley antimonopolio para limitar la capacidad de un poseedor de patente de extender su monopolio más allá de los límites establecidos por el estatuto de patentes. El problema de las leyes antitrust es su aplicación a negocios normales y no conflictivos, no el limitar los monopolios reales (es decir, otorgados por el Gobierno). Algo parecido podría decirse en relación con Bill Gates, cuya fortuna se ha construido en buena medida en el monopolio inherente al derecho de autor otorgado por el gobierno. Más aún, como Bill Gates no es un libertario, y sin duda no se opone a la legitimidad de las leyes antitrust, difícilmente puede uno apenarse porque tenga que acostarse en la cama que él mismo ayudó a construir. <<

[30] Para teorías convencionales sobre propiedad intelectual, ver «Bibliography of General Theories of Intellectual Property», *Encyclopedia of Law and Economics*, **<<**

[31] Ver Andrew J. Galambos, *The Theory of Volition*, vol. 1, ed. Peter N. Sisco(San Diego: Universal Scientific Publications, 1999); J. Neil Schulman, «Informational Property: Logorights», *Journal of Social and Biological Structures* (1990); and Rand, «Patents and Copyrights». Otros objetivistas (randianos) que apoyan la propiedad intellectual son George Reisman, *Capitalism: A Treatise on Economics* (Ottowa, Ill.: Jameson Books, 1996), pp. 388–89; David Kelley, «Response to Kinsella», *IOS Journal* 5, nº 2 (Junio 1995), p. 13, en respuesta a N. Stephan Kinsella, «Letter on Intellectual Property Rights», IOS Journal 5, nº 2 (Junio 1995), pp. 12–13; Murray I. Franck, «Ayn Rand, Intellectual Property Rights, and Human Liberty», 2 cintas de audio, lecciones del Institute for Objectivist Studies; Laissez-Faire Books (1991); Murray I. Franck, «Intellectual Property Rights: Are Intangibles True Property», *IOS Journal* 5, nº 1 (Abril 1995); and Murray I. Franck, «Intellectual and Personality Property», *IOS Journal* 5, nº 3 (Septiembre 1995), p. 7, en respuesta a Kinsella, «Letter on Intellectual Property Rights». Es difícil encontrar discusiones publicadas sobra las ideas de Galambos, aparentemente porque sus propias teorías restringen extravagantemente la capacidad de sus partidarios para divulgarlas. Ver, por ejemplo, Jerome Tuccille, *It Usually Begins with Ayn Rand* (San Francisco: Cobden Press, 1971), pp. 69–71. Referencias sueltas y discusiones acerca de las teorías de Galambos, pueden sin embargo encontrarse en David Friedman, «In Defense of Private Orderings: Comments on Julie Cohen's 'Copyright and the Jurisprudence of Self-Help'», *Berkeley Technology Law Journal* 13, nº 3 (Otoño 1998), nº 52; y en Stephen Foerster, «The Basics of Economic Government», <<

[32] Lysander Spooner, «The Law of Intellectual Property: or An Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in Their Ideas», en *The Collected Works of Lysander Spooner*, vol. 3, ed. Charles Shively (1855; reprint, Weston, Mass.: M&S Press, 1971); Herbert Spencer, *The Principles of Ethics*, vol. 2 (1893; reprint, Indianapolis, Ind.: Liberty Press, 1978), part IV, chap. 13, p. 121. Ver también Wendy McElroy, «Intellectual Property: Copyright and Patent», <<

[33] Palmer, «Are Patents and Copyrights Morally Justified?» p. 819. <<

[34] Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 4.ª ed. (Boston: Little Brown, 1992), § 3.3, pp. 38–45. <<

[35] David D. Friedman, «Standards As Intellectual Property: An Economic Approach», *University of Dayton Law Review* 19, nº 3 (Primavera 1994), pp. 1109–29 y David D. Friedman, *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why it Matters* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2000), chap. 11. También Ejan Mackaay es partidario de la propiedad intelectual desde bases utilitaristas, en «Economic Incentives in Markets for Information and Innovation», in «Symposium: Intellectual Property», *Harvard Journal of Law & Public Policy* 13, nº 3, p. 867. Se incluye a John Stuart Mill y Jeremy Bentham entre los anteriores utilitaristas partidarios de la propiedad intelectual. Ver Arnold Plant, «The Economic Theory Concerning Patents for Inventions», en *Selected Economic Essays and Addresses* (London: Routledge & Kegan Paul, 1974), p. 44; Roger E. Meiners y Robert J. Staaf, «Patents, Copyrights, and Trademarks: Property or Monopoly?» en «Symposium: Intellectual Property», *Harvard Journal of Law & Public Policy* 13, nº 3, p. 911. <<

[36] Ver Palmer, «Are Patents and Copyrights Morally Justified?» pp. 820–21 y Julio H. Cole, «Patents and Copyrights: Do the Benefits Exceed the Costs?» <<

[37] Ver Murray N. Rothbard, Man, *Economy, and State* (Los Angeles: Nash Publishing, 1962), pp. 652–60; Murray N. Rothbard, *The Ethics of Liberty*, pp. 123–24; Wendy M Elroy, «Contra Copyright», *The Voluntaryist* (Junio 1985); McElroy, «Intellectual Property: Copyright and Patent»; Tom G. Palmer, «Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach», *Hamline Law Review* 12 (1989), p. 261; Palmer, «Are Patents and Copyrights Morally Justified?»; sobre Lepage, ver Mackaay, «Economic Incentives», p. 869; Boudewijn Bouckaert, «What is Property?» in «Symposium: Intellectual Property», *Harvard Journal of Law & Public Policy* 13, nº 3, p. 775; N. Stephan Kinsella, «Is Intellectual Property Legitimate?» *Pennsylvania Bar Association Intellectual Property Law Newsletter* 1, nº 2 (Inverno 1998), p. 3; Kinsella, «Letter on Intellectual Property Rights», e «In Defense of Napster and Against the Second Homesteading Rule».

F.A. Hayek también parece oponerse a las patentes. Ver *The Collected Works of F.A. Hayek*, vol. 1, *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*, ed. W.W. Bartley (Chicago: University of Chicago Press, 1989), p. 6 y Meiners and Staaf, «Patents, Copyrights, and Trademarks», p. 911. Cole pone en cuestión la justificación utilitaria de patentes y derechos de autor, en «Patents and Copyrights: Do the Benefits Exceed the Costs?» Ver también Fritz Machlup, U.S. Senate Subcommittee On Patents, Trademarks & Copyrights, An Economic Review of the Patent System, 85 Cong., 2.º Sesión, 1958, Estudio Nº 15; Fritz Machlup y Edith Penrose, «The Patent Controversy in the Nineteenth Century», *Journal of Economic History* 10 (1950), p. 1; Roderick T. Long, «The Libertarian Case Against Intellectual Property Rights», Formulations 3, nº 1 (Otoño 1995); Stephen Breyer, «The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs», *Harvard Law Review* 84 (1970), p. 281; Wendy J. Gordon, «An Inquiry into the M erits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory», *Stanford Law Review* 41 (1989), p. 1343 y Jesse Walker, «Copy Catfight: How Intellectual Property Laws Stifle Popular Culture», Reason (Marzo 2000). <<

[38] McElroy, «Intellectual Property: Copyright and Patent». También se opuso rotundamente a la propiedad intelectual el editorialista jacksoniano del siglo diecinueve William Leggett. Ver Palmer, «Are Patents and Copyrights Morally Justified?» pp. 818, 828–29. Ludwig von Mises no expresó opinión alguna sobre esta material, únicamente prestando interés a la implicaciones económicas de la presencia o ausencia de dichas leyes. Ver *La acción humana: tratado de economía* (Madrid: Unión Editorial, 1995), Parte 2, Capítulo XXIII, Sección 6. <<

[39] De acuerdo con Justiniano «La Justicia es el deseo constante y perpetuo de dar a cada uno lo suyo… Las máximas de la ley son: vivir honradamente, no dañar a nadie, dar a cada uno lo suyo». *Instituciones* (Granada: Editorial Comares, 1998). <<

[40] Sobre los defectos del utilitarismo y las comparaciones sobre utilidad interpersonal, ver Murray N. Rothbard, «Praxeology, Value Judgments, and Public Policy», en The Logic of Action One (Cheltenham, U.K.: Edward Elgar, 1997), esp. pp. 90–99; Rothbard, «Toward a Reconstruction of Utility and Welfare Economics», en The Logic of Action One; Anthony de Jasay, *Against Politics: On Government, Anarchy, and Order* (London: Routledge, 1997), pp. 81–82, 92, 98, 144, 149–51.

Sobre cientifismo y empirismo, ver Rothbard, «The Mantle of Science», en *The Logic of Action One*; Hans-Hermann Hoppe, «In Defense of Extreme Rationalism: Thoughts on Donald McCloskey's The Rhetoric of Economics», *Review of Austrian Economics* 3 (1989), p. 179.

Sobre dualismo epistemológico, ver Ludwig von Mises, *The Ultimate Foundation of Economic Science: An Essay on Method*, 2.ª ed. (Kansas City: Sheed Andrews and McMeel, 1962); Ludwig von Mises, *Epistemological Problems of Economics*, traducción de George Reisman (New York: New York University Press, 1981); Hans-Hermann Hoppe, *Economic Science and the Austrian Method* (Auburn, Ala.: Ludwig von Mises Institute, 1995) y Hoppe, «In Defense of Extreme Rationalism». <<

[41] Mises afirma: «Aunque es normal hablar del dinero como una medida de valor y precios, esta noción es completamente falaz. Si se acepta la teoría del valor subjetivo, no puede aparecer este cuestión sobre la medición». «Sobre la medida del valor», en *La teoría del dinero y del crédito*, (Madrid: Unión Editorial, 1997). También: «El dinero no es una vara de medir del valor ni de los precios. El dinero no mide el valor. Tampoco los precios se miden en dinero: son cantidades de dinero». Ludwig von Mises, *El socialismo: análisis económico y sociológico* (Madrid: Unión Editorial, 2003), ver también Mises, *La acción humana*. **<<**

[42] Un excelente informe y crítica de la justificación coste-beneficio para patentes y derechos de autor es Cole, «Patents and Copyrights: Do the Benefits Exceed the Costs?» Argumentos útiles sobre evidencias en este aspecto, en Palmer, «Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach», pp. 300–2; Palmer, «Are Patents and Copyrights Morally Justified?» pp. 820–21, 850–51; Bouckaert, «What is Property?» pp. 812–13; Leonard Prusak, «Does the Patent System Have Measurable Economic Value?» *AIPLA Quarterly Journal* 10 (1982), pp. 50–59 y Leonard Prusak, «The Economic Theory Concerning Patents and Inventions», *Economica* 1 (1984), pp. 30–51. <<

[43] Ver Cole, «Patents and Copyrights: Do the Benefits Exceed the Costs?» para ejemplos de costes de leyes de patentes y derechos de autor. <<

[44] Plant, «The Economic Theory Concerning Patents for Inventions», p. 43. También *Rothbard, Man, Economy, and State*, pp. 658–59: «No es en modo alguno evidente que las patentes inciten un incremento absoluto en la cantidad de gasto en investigación. Pero sin duda las patentes distorsionan el tipo de investigación que se lleva a cabo… Por tanto los gastos en investigación se *sobreestimulan* en sus etapas iniciales antes de que alguien tenga una patente y se ven *inadecuadamente restringidos* cuando ésta se recibe. Además, algunas invenciones se consideran patentables, mientras otras no. El sistema de patentes tiene el efecto añadido de estimular artificialmente los gatos de investigación en las áreas *patentables*, restringiendo también artificialmente la investigación en áreas *no patentables*». **<<**

[45] Rand, «Patents and Copyrights», p. 130. <<

[46] Plant tiene razón al decir que «la tarea de distinguir un descubrimiento científico de su aplicación práctica, que puede patentarse… es a menudo incomprensible para el abogado más sagaz». «The Economic Theory Concerning Patents for Inventions», pp. 49–50. En una nota relacionada, la Corte Suprema de EE. UU. ha advertido que «las especificaciones y extremos de una patente… constituyen uno de los instrumentos legales más difíciles de abordar con precisión», *Topliff contra Topliff*, 145 US 156, 171, 12 S.Ct. 825 (1892). Tal vez esto ocurra porque la ley de patente no tiene amarras a los límites objetivos de la propiedad real, tangible y por tanto es intrínsecamente vaga, amorfa, ambigua y subjetiva. Sólo por esta última razón, podríamos pensar que los objetivistas (ardientes autoproclamados defensores de la objetividad y opuestos al subjetivismo) deberían oponerse a las patentes y derechos de autor. <<

[47] *In re Trovato*, 33 USPQ2d 1194 (Fed Cir 1994). La ley reciente ha extendido los tipos de algoritmo informático y métodos de negocio que pueden protegerse mediante patente. Ver, por ejemplo, *State Street Bank & Trust Co. contra Signature Financial Group*, 149 F3d 1368 (Fed Cir 1998). De todas formas, no importa dónde se fije el límite entre «leyes de la naturaleza» e «ideas abstractas» no patentables y las «aplicaciones prácticas» patentables: la ley de patentes siempre tendrá que diferenciar entre ambas. <<

[48] Spooner, «The Law of Intellectual Property»; McElroy, «Intellectual Property: Copyright and Patent»; Palmer, «Are Patents and Copyrights Morally Justified?» pp. 818, 825. <<

[49] Ver Galambos, *The Theory of Volition*, volumen 1. Evan R. Soulé, Jr., «What Is Volitional Science?» <<

[50] Friedman, «In Defense of Private Orderings», n. 52; Foerster, «The Basics of Economic Government». <<

[51] Rand, «Patents and Copyrights», p. 133. <<

[52] Friedman, «In Defense of Private Orderings», n. 52. <<

[53] Tuccille, It Usually Begins with Ayn Rand, p. 70. Por supuesto, supongo que cualquier galambosiano que no fuera el propio Galambos, si tuviera el mismo tipo de dilema, sería incapaz de cambiar su nombre para solucionar el problema, ya que esta solución era una idea «absoluta» e inalienable de Galambos. <<

[54] Harry Binswanger, ed., *The Ayn Rand Lexicon: Objectivism from A to Z* (New York: New American Library, 1986), pp. 326–27, 467. <<

[55] El papel económico fundamental de los derechos de propiedad privada, junto con los precios que surgen de los intercambios de propiedad, es permitir el cálculo económico. Ver N. Stephan Kinsella, «Knowledge, Calculation, Conflict, and Law: Review Essay of Randy E. Barnett, *The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law», Quarterly Journal of Austrian Economics* 2, no. 4 (Invierno 1999), pp. 49–71. <<

[56] Hans-Hermann Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism* (Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989), p. 235 n. 9. <<

[57] Plant, «The Economic Theory Concerning Patents for Inventions», pp. 35–36; David Hume, *An Inquiry Concerning the Principles of Morals: With a Supplement: A Dialogue* (1751; reimpresión, New York: Liberal Arts Press, 1957); Palmer, «Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach», pp. 261–66 y n. 50 (distingue entre escasez «estática» y «dinámica»), también pp. 279–80; Palmer, «Are Patents and Copyrights Morally Justified?» pp. 860–61, 864–65 y Rothbard, «Justice and Property Rights», en *The Logic of Action One*, p. 274; sobre Tucker, ver McElroy, «Intellectual Property: Copyright and Patent». <<

[58] Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism*, pp. 140–41. No quiero decir que se restrinjan los derechos a aquellos que se puedan ver: el término «visibles» quiere decir aquí observables o discernibles. Debo esta aclaración a Gene Callahan. <<

[59] Robert Frost, «The Mending Wall», en *North of Boston*, 2nd ed. (New York: Henry Holt, 1915), pp. 11–13. (Por favor, no me manden e-mails sobre esto. No me importa lo que Frost quería «en realidad» decir en este poema. Sólo es que me gusta la expresión). <<

[60] Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism*, p. 138. <<

[61] Ver, sobre una aproximación adecuada a la regla de la ocupación y el primer usuario (la distinción anterior-posterior) a Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism*, pp. 141–44; Hoppe, *The Economics and Ethics of Private Property* (Boston: Kluwer Academic Publishers, 1993), pp. 191–93; Jeffrey M. Herbener, «The Pareto Rule and Welfare Economics», *Review of Austrian Economics* 10, nº 1 (1997), p. 105: «Una vez que el objeto es propiedad del primer usuario, los demás no tienen la opción de serlo; por tanto, sus preferencias en ese momento no tienen nada que ver con la norma de Pareto sobre la naturaleza superior de la adquisición por el primer usuario»; y de Jasay, Against Politics, pp. 172–79. Sobre la justificación ética de esa idea de los derechos de propiedad, ver Hoppe, A *Theory of Socialism and Capitalism*, cap. 7; Hoppe, *The Economics and Ethics of Private Property*; Rothbard, *The Ethics of Liberty*; Rothbard, «Justice and Property Rights», en The Logic of Action One; N. Stephan Kinsella, «A Libertarian Theory of Punishment and Rights», *Loyola of Los Angeles Law Review* 30 (Primavera 1996), p. 607; N. Stephan Kinsella, «New Rationalist Directions in Libertarian Rights Theory», *Journal of Libertarian Studies* 12, no. 2 (Otoño 1996), pp. 313–26. <<

[62] Thomas Jefferson a Isaac McPherson, 13 de agosto de 1813, carta incluida en The Writings of Thomas Jefferson, vol. 13, ed. A.A. Lipscomb andA.E. Bergh (Washington, D.C.: Thomas Jefferson Memorial Association, 1904), pp. 326–38. Jefferson reconocía que puesto que las ideas no son escasas, la patente y los derechos de autor no son derechos naturales y sólo pueden justificarse, si es posible hacerlo, desde la postura utilitaria de promover invenciones útiles y obras literarias (e incluso en este caso, deben crearse por ley, puesto que no son derechos naturales). Ver Palmer, «Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach», p. 278 n. 53. Tampoco esto significa que Jefferson apoyara las patentes, ni desde el punto de vista utilitarista. El historiador sobre patentes Edward C. Walterscheid explica que «a lo largo de su vida, [Jefferson] mantuvo un saludable escepticismo acerca del valor del sistema de patentes». «Thomas Jefferson and the Patent Act of 1793», *Essays in History* 40 (1998). <<

[63] Rand, «Patents and Copyrights», p. 131. Mises, en *Human Action*, p. 661, reconoce que no hay necesidad de economizar en el empleo de «fórmulas», «porque su utilidad no puede agotarse». En la página 128, apunta: «Algo que rinde esos servicios ilimitados es, por ejemplo, el conocimiento de la relación causal implicada. La fórmula, la receta que no enseña cómo preparar café una vez conocida ofrece un servicio ilimitado. No pierde nada de su capacidad para producir por muy a menudo que se use, su poder productivo es inagotable, por tanto no es un bien económico. El hombre que actúa nunca se enfrenta a situación en la que debe elegir entre el valor de usar una fórmula conocida y cualquier otra cosa útil». Ver también página 364. <<

[64] Plant, «The Economic Theory Concerning Patents for Inventions», p. 36. También Mises, *Human Action*, p. 364: «Esas recetas son, en general, bienes libres, ya que su capacidad de producir efectos definidos es ilimitada. Pueden convertirse en bienes económicos sólo si se monopolizan y se restringe su uso. Cualquier precio pagado por los servicios obtenidos por una receta es siempre un precio de monopolio. No importa se la restricción del uso de una receta se posibilite por condiciones institucionales (como patentes y derechos de autor) o por el hecho de que la fórmula permanezca secreta y otros no sean capaces de encontrarla». <<

[65] Bouckaert, «What is Property?» p. 793; ver también pp. 797–799. <<

[66] Bouckaert, «What is Property?» pp. 799, 803. <<

[67] También puede argumentarse que los objetos ideales merecen protección legal como propiedades porque son «bienes públicos», es decir, por las externalidades negativas que aparecen si la propiedad intelectual no se protege legalmente. Sin embargo, el concepto de bienes públicos no es coherente ni justificable. Ver Palmer, «Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach», pp. 279–80, 283–87; Hans-Hermann Hoppe, «Fallacies of the Public Goods Theory and the Production of Security», *Journal of Libertarian Studies* 9, nº 1 (Invierno 1989), p. 27; también Hoppe, *The Economics and Ethics of Private Property*, cap. 1. Como apunta Palmer: «el coste de producir cualquier servicio o bien no sólo incluye trabajo, capital, marketing y otros componentes, sino también los costes de exclusión. Por ejemplo, los cines invierten en dispositivos de exclusión como taquillas, paredes y acomodadores, diseñados para excluir a los no contribuyentes de disfrutar del servicio. Por supuesto, como alternativa, los propietarios de películas podrían instalar proyectores y pantallas en parques públicos e intentar evitar que miren los transeúntes o solicitar al gobierno a forzar a los no contribuyentes a llevar gafas especiales que les impidan ver la película. Los 'drive-ins', frente a la posibilidad de gorrones que vean la película sobre las vallas, instalaron (con un coste considerable) altavoces individuales para cada coche, haciendo así de poco interés la parte visual de la película accesible públicamente… Los costes de exclusión están presentes en la producción de virtualmente cada bien imaginable. No hay justificación necesaria para singularizar ciertos bienes e insistir en que el estado financie sus costes de producción a través de algún tipo de acción colectiva sancionada por el estado, sencillamente por decidir hacer un bien disponible de forma no exclusiva». Palmer, «Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach», pp. 284–85. No hay manera de demostrar que las ideas sean claramente bienes públicos. Aun si lo fueran, esto no justificaría tratarlas como derechos de propiedad, por las mismas razones de incluso las medidas que incrementen la riqueza no están necesariamente justificadas, como se indicó más arriba. <<

[68] Palmer, «Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach», p. 264 <<

[69] Ver Rand, «Patents and Copyrights»; Kelley, «Response to Kinsella»; Franck, «Intellectual and Personality Property» e «Intellectual Property Rights: Are Intangibles True Property?» <<

[70] Ver Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism*, capítulo 7, especialmente p. 138. <<

[71] Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism*, p. 142; de Jasay, Against Politics, pp. 172–79 y Herbener, «The Pareto Rule and Welfare Economics», p. 105. <<

[72] Ocupar o tomar posesión «puede hacerse de tres formas: (1) directamente cogiendo algo físicamente, (2) formándolo y (3) simplemente haciéndolo nuestro». Palmer, «Are Patents and Copyrights Morally Justified?» p. 838. <<

[73] Asimismo, no necesito apoyarme en la «propiedad» de mi trabajo: en términos estrictos, el trabajo no tiene dueño y no hay que apoyarse en la propiedad del trabajo para demostrar que mantengo mi propiedad al transformarla. <<

[74] Palmer, «Are Patents and Copyrights Morally Justified?» p. 838 (énfasis añadido), citando a Georg W.F. Hegel, *Hegel's Philosophy of Right*, trad. T.M. Knox. (1821; reprint, London: Oxford University Press, 1967), pp. 45–46. <<

[75] Incluso partidarios de la propiedad intelectual como Rand no mantienen que la creación per se sea suficiente para crear derechos o incluso que la creación sea necesaria. No es necesaria porque la propiedad sin dueño puede tenerlo simplemente ocupándola, lo que no implica ninguna «creación» salvo que se estire ilimitadamente el concepto. Tampoco es suficiente, porque Rand sin duda no sostendría que crear algo usando materiales de *otros* dé al creador-ladrón propiedad sobre ello. La opinión de Rand también implica que los derechos, incluidos los de propiedad, sólo aparecen cuando hay posibilidad de conflicto. Por ejemplo, Rand entiende los derechos como un concepto social que aparece sólo cuando hay más de una persona. Ver Rand, «Man's Rights», in *Capitalism: The Unknown Ideal*, p. 321: «Un 'derecho' es un principio moral que defina y sanciona la libertad humana de acción en un contexto social». De hecho, como argumenta Rand, «Los derechos humanos sólo pueden violarse mediante el uso de fuerza física», esto es, conflictos sobre un recurso escaso. «The Nature of Government», en *Capitalism: The Unknown Ideal*, p. 330. En la p. 334, Rand intenta (sin éxito) justificar al Gobierno, el agente que administra los derechos, basándose en el hecho de que puede haber «honrados desacuerdos» (es decir, conflictos) aun entre hombre «completamente racionales y moralmente intachables». Así que, en la teoría de Rand, la creación *per se* no es necesaria ni suficiente, igual que en la teoría de la propiedad que aquí defendemos. <<

[76] Por estas razones no estoy de acuerdo con la aproximación centrada en la creación de los objetivistas David Kelley y Murray Franck. De acuerdo con Franck, «Intellectual and Personality Property», p. 7, «aunque los derechos de propiedad ayudan a 'racionar' la escasez, la escasez no es la base de los derechos de propiedad. Lo que… parece revertir causa y afecto en que ve los derechos en función de las necesidades de la sociedad en lugar de cómo inherentes a los individuos que en cada momento deben vivir en sociedad».

No estoy seguro de lo que significa decir que los derechos, que son conceptos relacionales que sólo se aplican en un contexto social, son «inherentes» a un individuo o que son «funciones» de algo. La primera noción bordea el positivismo (al implicar que los derechos tengan una «fuente», como si pudieran decretarse por Dios o el gobierno) y la última el cientifismo (al usar la noción, precisa en matemáticas y ciencias naturales, de «funciones»). Y el argumento sobre los derechos de propiedad no se basa en la necesidad de racionar lo escaso, sino más bien en la necesidad de los individuos de emplear medios para llegar a fines y evitar conflictos interpersonales sobre esos medios. Así, la escasez no es la «base» de los derechos de propiedad, sino la condición de fondo necesaria que debe existir antes de que los derechos de propiedad puedan aparecer o tener sentido: los conflictos sólo pueden aparecer sobre recursos escasos, no sobre los abundantes. (Como se apuntó en la nota precedente, el objetivismo también sostiene que la posibilidad de conflicto es también condición necesaria para los derechos de propiedad).

Más aún, el argumento basado en la escasez establecido a partir de aquí no es más una «función de las necesidades de la sociedad» que la aproximación objetivista de Franck. Franck cree que los hombres «necesitan» ser capaces de crear cosas con el fin de sobrevivir (en un entorno social donde la presencia de otros hombres hacen posibles las disputas). «Por tanto», la ley de proteger los derechos sobre cosas creadas. Pero el argumento basado en la escasez reconoce que los hombres «necesitan» usar recursos escasos y que esto requiere evitar conflictos: por tanto, la ley debe establecer derechos de propiedad sobre recursos escasos. Sean cuales sean los méritos relativos de las posiciones basadas en la creación o en la escasez, el argumento de la escasez no es menos colectivista que el de la creación, ni más individualista.

Kelley, en «Response to Kinsella», página 13, escribe: «Los derechos de propiedad son necesarios porque el hombre necesita mantener su vida mediante el uso de su razón. La tarea principal en este aspecto es crear valores que satisfagan las necesidades humanas en lugar de confiar en lo que encontremos en la naturaleza, como hacen los animales… La base esencial de los derechos de propiedad reside en el fenómeno de creación de valor… La escasez se convierte en un elemento relevante cuando consideramos el uso de cosas en la naturaleza, como el terreno, como entradas en el proceso de crear valor. Como norma general, diría que se requieren dos condiciones para apropiarse de las cosas de la naturaleza y hacerlas propiedad de uno: 1) deben utilizarse para un uso productivo, y 2) ese uso productivo debe requerir un control exclusivo sobre los mismos, es decir, el derecho de excluir a otros… La condición (2) sólo aparece cuando el recurso es escaso, pero para cosas que uno ha creado, como un nuevo producto, el acto de creación es fuente del derecho, *independientemente de la escasez*» (énfasis añadido).

Mis razones para disentir de Kelley deberían ser evidentes, pero déjenme apuntar que toda acción humana, incluida la creación de «valores» tiene que fundamentarse en el uso de medios escasos, es decir, las cosas materiales del mundo. Cada acto de creación utiliza cosas hechas de átomos previamente existentes. Ni este hecho, ni su reconocimiento es algo animal en un sentido peyorativo. Que los hombres, al contrario que los animales, deseen crear valores superiores utilizando recursos escasos no cambia este análisis. En segundo lugar, Kelley propone dos normas separadas para adquirir recursos escasos: el primer uso del recurso y la creación de una disposición nueva, útil o artística con la propiedad de uno, lo que da al creador el derecho a impedir a todos los demás utilizar una disposición similar, incluso en su propiedad. Como se comenta más abajo, estas dos normas se contradicen y sólo puede justificarse la primera. Finalmente, Kelley afirma que el creador de un nuevo producto lo posee porque lo ha creado, independientemente de la escasez. Si Kelley se refiere aquí a un producto tangible, como una ratonera, ese bien es una cosa real, escasa y tangible. Supuestamente, el creador posee los materiales que transformó en el producto final. Pero no necesita tener un derecho sobre el objeto ideal de la idea o configuración de la ratonera para ser

propietario del mismo producto final: ya tenía los materiales y los sigue teniendo después de reordenarlos. Si por el contrario Kelley quiere decir que al crear una configuración o idea, se adquiere el derecho a controlar todos los recursos escasos de los demás, está apoyando un nuevo tipo de norma de adquisición, que critico más adelante. <<

[77] Ver, por ejemplo, Murray N. Rothbard, *Economic Thought Before Adam Smith: An Austrian Perspective on the History of Economic Thought*, vol. 1 (Brookfield, Vt.: Edward Elgar, 1995), p. 453: «De hecho, fue Adam Smith quien resultó casi único responsable de la inclusión en la economía de la teoría del valor trabajo. Y por tanto es a Smith al que hay que considerar razonablemente como responsable de la aparición y las trascendentales consecuencia de Marx». Incluso grandes pensadores en otros aspectos a veces ponen un énfasis inadecuado en la importancia del trabajo en el proceso de adquisición de la propiedad y su capacidad de ser «poseída». Por ejemplo, el mismo Rothbard deduce que un individuo «posee su propia persona y por tanto *su propio trabajo*». Rothbard, «Justice and Property Rights», p. 284, énfasis añadido. Ver también Rothbard, The Ethics of Liberty, p. 49. Es un metáfora equívoca hablar de «poseer el trabajo de uno» (o la vida o las ideas de uno). El derecho de usar o beneficiarse del trabajo de uno es sólo una consecuencia de controlar el propio cuerpo, igual que el derecho de «libre expresión» es sólo una consecuencia, o un derivado, del derecho a la propiedad privada, como reconoció Rothbard en The Ethics of Liberty, especialmente en el capítulo 15. <<

[78] Ver también Reisman, *Capitalism*, pp 388-89. <<

[79] Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism*, pp. 139–41, 237 n. 17. <<

[80] Ver McElroy, «Intellectual Property: Copyright and Patent»; Roy Halliday, «Ideas as Property», *Formulations* 4, no. 4 (Verano 1997); Bouckaert, «What is Property?» pp. 804–5; Palmer, «Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach», pp. 280, 291–95; Palmer, «Are Patents and Copyrights Morally Justified?» pp. 821 n. 8, 851–55, 864 y Richard O. Hammer, «Intellectual Property Rights Viewed as Contracts», *Formulations* 3, no. 2 (Invierno 1995–96). <<

[81] Ver por ejemplo, Kinsella, «A Theory of Contracts»; Rothbard, *The Ethics of Liberty*, cap. 19; Williamson M. Evers, «Toward a Reformulation of the Law of Contracts», *Journal of Libertarian Studies* 1, no. 1 (Invierno 1977), pp. 3–13 y Randy E. Barnett, «A Consent Theory of Contract», *Columbia Law Review* 86 (1986), pp. 269–321. <<

[82] Bajo la norma legal internacional *pacta sunt servanda* (los contratos son para cumplirse), los contratos entre entes soberanos (estados, en el contexto internacional) crean una «ley acordada» entre las partes. Ver Paul E. Comeaux y N. Stephan Kinsella, *Protecting Foreign Investment Under International Law: Legal Aspects of Political Risk* (Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 1997), caps. 2 y 5. <<

[83] Para una definición de «privity of contract», ver Diccionario de Leyes de Black, 6a ed. (St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990), p. 1199. Ver también, en el contexto de propiedad intelectual, Bouckaert, «¿Qué es propiedad?» pp. 795, 805 <<

[84] Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism*, pp. 139–41, 237 n. 17. <<

[85] Rothbard, *The Ethics of Liberty*, p. 123. <<

[86] Palmer, «Are Patents and Copyrights Morally Justified?» p. 853. Palmer también cita los siguientes pasajes ilustrativos.

Hegel argumentaba: «La sustancia del derecho de un autor o un inventor no puede encontrarse en primera instancia en la suposición de que cuando dispone de una copia de su trabajo hace de ella arbitrariamente una condición de que el poder de producir facsímiles como cosas, un poder que de otra forma pasaría a la posesión de otros, no sería propiedad del otro sino que permanecería en su poder. La primera cuestión es si esa separación entre la propiedad de la cosa y el poder de producir facsímiles que se da con ella es compatible con el concepto de propiedad y si esto no cancela la propiedad completa y libre sobre la que originalmente depende la opción de productor del trabajo intelectual para reservarse el poder de reproducir o de participar con este poder como algo de valor o no darle ningún valor y entregarlo junto con cada ejemplar de su trabajo». *Hegel's Philosophy of Right*, p. 55, citado en Palmer, «Are Patents and Copyrights Morally Justified?» p. 853 n. 138.

Y, como señaló Kant: «Aquellos que consideran la publicación de un libro como el ejercicio de los derechos de propiedad respecto de una copia (puede haber llegado al poseedor como un [manuscrito] del autor o como una obra publicada por algún editor previo) y que aún mediante la reserva de ciertos derechos… querría seguir restringiendo el ejercicio de los derechos de propiedad manteniendo la ilegalidad de la reproducción, nunca se atendrán a su fin. Porque los derechos de un autor relativos a sus propios pensamientos siguen están en él a pesar de la reimpresión y puesto que no puede haber un permiso distinto para el comprador del libro para el uso o limitación de su uso como propiedad, cuánto menos sería una mera presunción suficiente para dar peso a una obligación». Immanuel Kant, «Was ist ein Buch?» en *Die Metaphysic die Sitten*, ed. W. Weischedel (Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1977), p. 581, traducido y citado en Palmer, «Are Patents and Copyrights Morally Justified?» p. 853 n. 138. Para una traducción alternativa, ver Immanuel Kant, *Essay Three: Of the Injustice of Counterfeiting Books*, trad. John Richardson, ed. y rev. Stephen Palmquist (Philopsychy Press, 1994). <<

[87] Rothbard, *The Ethics of Liberty*, p. 123. <<

[88] Kinsella, «Knowledge, Calculation, Conflict, and Law»; Jörg Guido Hülsmann, «Knowledge, Judgment, and the Use of Property», *Review of Austrian Economics* 10, no. 1 (1997), p. 44. <<

[89] Por supuesto, en el anarco-capitalismo es difícil predecir qué instituciones, redes y regímenes contractuales extensivos pueden aparecer. Varios enclaves y comunidades bien pueden obligar a sus clientes o «ciudadanos» a acatar ciertas normas similares a la propiedad intelectual. Sobre anarco-capitalismo, ver, por ejemplo, Hans-Hermann Hoppe, «The Private Production of Defense», *Journal of Libertarian Studies* 14, no. 1 (Invierno 1998–1999), pp. 27–52. <<

[90] Palmer, «Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach», pp. 280, 292–93 y Palmer, «Are Patents and Copyrights Morally Justified?» pp. 854–55. <<

[91] UTSA, § 1; Halligan, «Restatement of the Third Law, Unfair Competition: A Brief Summary», § 40, comentado. <<

[92] Sobre responsabilidad por conducta de otro o conspiración, ver por ejemplo, Código Penal de Texas, §§ 7.02 (Responsabilidad Criminal por la Conducta de Otro) y 15.02 (conspiración criminal). <<

[93] Palmer, «Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach», p. 280. <<

[94] Ver Palmer, «Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach», p. 281; y Palmer, «Are Patents and Copyrights Morally Justified?» pp. 831, 862, 864–65. <<